القواعد والفوائد الأصولية
وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية

تأليف

الشيخ العلامة ، قدوة الأنام ، ورحلة الطالبين الأعلام

أبى الحسن ، علاء الدين « ابن اللَّحَّام »

على بن عباس البعلى الحنبلى

٧٥٢ - ٨٠٣ هـ

رحمه الله تعالى

بتحقيق وتصحيح

محمد حامد الفقى

١٣٧٥ هـ - ١٩٥٦ م

مطبعة السنة المحمدية
١٧ شارع شريف باشا الكبير ــ القاهرة
ت ٧٩٠١٧

بسم الله الرحمن الرحيم

رب يسر يا كريم

قال الشيخ الإمام العالم العلامة ، قدوة الأنام ، رحلة الطالبين الأعلام ، أبو الحسن علاء الدين : على بن عباس ، البعلى الحنبلى . رحمه الله تعالى :

الحمد لله الذى مَهَّد قواعد الدين بكتابه المنزل ، وجعلنا من عباده المؤمنين باتباع نبيه المرسل ، الذى أظهر به الحق بعد أن كان خفياً . واختاره على كافة خلقه ، وكان به حَفِيّاً .

وأشهد أن لا إله إلا الله ، وحده لاشريك له ، شهادة تُبَوِّىء قائلها أعلى المقامات ، وتُحِلُّه من دار كرامته أعلى الغرف فى الجنات .

وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله ، سيد السادات . صلى الله عليه وعلى آله وصحبه ، أولى المناقب السنية والكرامات .

أما بعد : فإن علم « أصول الفقه » لما كان فى علم الشريعة كواسطة النظام . متوسطاً بين رتبتى الفروع وعلم الكلام . وهو علم عظيم شأنه وقدره . وعلا فى العالم شرفه ومخبره .

إذ ثمرته : ماتضمنته الشريعة المطهرة من الأحكام . و به تُحْكِم الأئمة الفضلاء مباحثهم غاية الإحكام :

استخرت الله تعالى فى تأليف كتاب أذكر فيه « قواعد ، وفوائد أصولية » وأردف كل قاعدة بمسائل تتعلق بها من الأحكام الفروعية .

والله تعالى أسأل النفع المتعدى به واللازم . وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم الدائم . فإنه مجيب دعوة المضطرين . وهو خير موفق ومعين .

القـاعدة ١ ـ الفقه له حدود .

أحدها : هو العلم بالأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها التفصيلية بالاستدلال .

خرج بـ « العلم بالإحكام » العلم بالذات ، كزيد . وبالصفات . كسواده . وبالأفعال كقيامه . وعَبَّر الآمدى بقوله « هو العلم بجملة غالبة من الأحكام » وهو تعبير حسن . لكن شأن الحد الإيضاح والتحقيق .

وقول الآمدى « العلم بجملة غالبة » فيه إجمال . لأن غلبة هذه الجملة لايُعلم حدها [أى منتهاها] فلذلك قال بعض المتأخرين « هو ظن جملة غالبة عرفا » .

وخرج بـ « الشرعية العقلية ، كالحسابيات ـ أى الهندسية ـ » واللغوية كرفع الفاعل . وكذلك نسبة الشىء إلى غيره إيجاباً ، كقام زيد . أو سلبا ، نحو لم يقم .

وفى ذلك نظر . لأن ذلك ينتفى بالفرعية . إذ الأحكام العقلية المذكورة لاتسمى فرعية .

وبـ « الفرعية » الأحكام الأصولية ، كأصول الدين ، وأصول الفقه .

وبـ « أدلتها التفصيلية » الأحكام الحاصلة عن أدلة إجمالية ، نحو : ثبت الحكم بالمقتضى . وامتنع بالنافى .

وبـ « الاستدلال » علم المقلد .

وعلى هذا الحد أسئلة ومؤاخذات كثيرة جدا . ليس هذا موضع ذكرها .

وإنما نذكر ههنا سؤالا واحداً وجوابه . لما يترتب عليه من المسائل الفقهية .

وتقرير السؤال : أن غالب الفقه مظنون ، لكونه مبنياً على العمومات ، وأخبار الآحاد ، والأقيسة وغيرها من المظنونات . فكيف يعبرون عنه بالعلم ؟ .

وأجيب عنه بأنه : لما كان المظنون يجب العمل به ، كما فى المقطوع : رجع إلى العلم ، بجامع وجوب العمل .

إذا تقرر هذا ، فيتفرع على العمل بالظن فروع كثيرة . ولم يَطَّرد أصل أصحابنا فى ذلك . ففى بعض الأماكن قالوا : يعمل بالظن . وفى بعضها قالوا : لابد من اليقين . وطرد أبو العباس أصله . وقال: يعمل بالظن فى عامة أمور الشرع . والله أعلم

مسائل من ذلك

منهـــا : إذا أجزنا له التحرى فى الماء والثياب المشتبهة ـ على مقالة ضعيفة ـ أو فى القبلة ـ على الصحيح ـ فإنه يعمل بما غلب على ظنه .

ومنهـــا : إذا غلب على ظن المصلى دخول الوقت . فله العمل به، إذا لم يكن له سبيل إلى العلم ، لغَيم ونحوه . وقال فى المغنى : والأولى تأخيرها احتياطاً ، إلا أن يخشى خروج الوقت . أو تـكون صلاة العصر فى وقت الغيم . فإنه يستحب التـبكير بها . وقال ابن تميم : ومن غلب على ظنه دخول الوقت ، استُحِب له التأخير . حتى يتيقن . وقال الآمدى : يستحب له تعجيـل المغرب إذا تيقن غروب الشمس ، أو غلب على ظنه . وقال ابن حامد وغيره : لا يجوز الاجتهاد فى دخول وقت الصلاة . وقد أومأ إليه أحمد . فقال : لايصلى حتى يستيقن الزوال .

ومنهـــا : الأسير إذا اشتبهت عليه الأشهر تحرى . فصـام على غالب ظنه . ولم أقف على خلاف فى ذلك لأصحابنا : أنه لابد من اليقين ، كما ذكرنا فى الصلاة .

ومنهـــا : إذا شك فى طهارة المـاء أو نجاسته . قال غير واحد من الأصحاب : يبنى على اليقين . ولا عبرة بغلبة الظن .

ومنهـــا : إذا تيقن الطهارة وشك فى الحدث ، أو تيقن الحدث . وشك فى الطهارة . قال غير واحد من الأصحاب : يبنى على اليقين . ولا فرق بين أن يغلب على ظنه أحدهما ، أو يتساوى الأمران عنده .

ومنهـــا : المستجمر إذا أتى بالعدد المعتبر . فإنه يكتفى بغلبة الظن فى زوال النجاسة . ذكره فى المُذْهِب . وجزم به جماعة من الأصحاب . وفى النهاية : لا بد من العلم .

ومنهـــا : الغسل من الجنـابة أو الحيض أو غيرهما من الأغسال .

فالمذهب : أنه يكفى فيه الظن فى الإسباغ . وقال بعض أصحابنا : يحرك المغتسل خاتمه ، ليتحقق وصولَ الماء .

ومنهـــا : ما لو كان معه مال حـلال وحرام . وجهل قدر الحرام : تصدق بما يراه حراما . نقله فوزان . وهذا النص يدل على أنه يكفى الظن . وقاله ابن الجوزى .

ومنهـــا : إذا خفيت عليه نجاسةٌ ، غسل حتى يتيقن غسلها . نص عليه الإمام أحمد فى رواية إسحاق بن إبراهيم ، ومحمد بن أبى حرب . وكذلك قال الخرقى وابن أبى موسى ، والقاضى والأصحاب .

ونقل عن أحمد رحمه الله تعالى رواية فى المذى : أنه يكفى فيه الظن . فيحتمل أن يخرج رواية فى بقية النجاسات أنه يكفى فيها الظن . وذكره أبو الخطاب فى الانتصار فى الجلاّلة . ويحتمل أن يختص ذلك بالمذى خاصة[1] لأنه من النجاسات : المعفو عن يسيرها على رواية ، لـكن لازم ذلك : أنه يتعدى إلى كل نجاسة يعفى عن يسيرها . وهو غير ملتزم .

ومنهـــا : لو تيقن سبق الوجوب ، وشـك فى مقدار ما عليه : أبرأ ذمته يقينا . نص عليه الإمام أحمد . وقد ذكر أبو المعالى : لايخرج عن العهدة إلا بيقين أو ظن . وفى الغنية : إن شك فى ترك الصوم أو النية : فليتحر ، أو ليقض ما ظن أنه تركه فقط . وإن احتاط ، فقضى الجميع : كان حسنا ، وكذا قال فى الـكفارة والنذر مخالف لقوله فى الصوم .

---

(١) بهامش الأصل : اختصاصه بالمذى أظهر . لأنه قد اختلف فيه . فنجاسته أخف مما ليس فيه خلاف . وإن عفى عن يسيره . لـكن قد يقال كذلك فى (*) على الطهارة بالاستنجاء . ولهذا لم يعد الحـكم إلى غيرها فى الانتصار ـ والله أعلم ـ يتعدى من المذى إلى نجاسة غير لازم لما ذكرنا . والله أعلم .

(*) كلمة غير ظاهرة بالأصل .

ومنهـــا : لو شك المصلي فى عدد الركعات . فعن أحمد رحمه الله تعالى فى ذلك ثلاث روايات :

إحداهن : ـ اختارها القاضي ، وأكثر أصحابنا . منهم أبو بكر عبد العزيز ـ الأخذ باليقين . كالطهارة والطواف . ذكره ابن شهاب وغيره . وذكره صاحب المحرر ، مع أنه ذكر هو وغيره : أنه يكفى الظن فى وصول الماء إلى مايجب غسله . فيـكون المراد بالطهارة : إذا شك هل تطهر أم لا ؟ فلا بد من اليقين .

والرواية الثانية : الأخذ بالظن .

والرواية الثالثة : يأخذ الإمام بالظن . والمنفرد باليقين . اختـارها أبو محمد المقدسى . وذكرها المذهب .

و إن سبح به اثنان لزمه الرجوع إليهما . سواء غلب على ظنه صدقهما أو لا . جزم به أبو محمد . وذكره بعضهم نص أحمد ، ما لم يتيقن صواب نفسه . على الروايات كلها .

وقال ابن عقيل : إذا لم يرجع إليهما ـ إذا قلنا يعمل بغلبة ظنه . و إذا جوزنا له العمل بالظن الغالب ـ فإنه يجوز له تركه والعمل باليقين . ذكره القاضي فى الأحكام وغيره .

وإن شك فى ركن ، فالمذهب : العمل باليقين . وقال أبو الفرج : التحرى سائغ فى الأقوال والأفعال ، ولا أثر لشك من مسلم . نص عليه الإمام أحمد ، وفيه وجه : بلى ، مع قصر الزمن .

ومنهـــا : إذا شك المتوضىء فى عدد الغسلات ، فالمذهب : الأخذ باليقين . وهو الأقل . وفى النهاية : بالأكثر .

ومنهـــا : إذا شك فى طلوع الفجر فى رمضان ، فإنه يباح له الأكل حتى يستيقن طلوعه . نص عليه أحمد فى رواية عبد الله . ولا عبرة فى ذلك بغلبة

الظن حتى يتيقن طلوعه ـ نص عليه ـ بالقرائن ونحوها ، ما لم يكن مستنـدا إلى خبر ثقة بالطلوع .

ومنهـــا : الشك فى غروب الشمس . والمذهب : يباح له الفطر بغلبة الظن . وفى التلخيص : يجوز الأكل بالاجتهاد فى أول اليوم ، ولايجوز فى آخره إلا بيقين ، ولو أكل ولم يتيقن لزمه القضـاء فى الآخر ، ولم يلزمه فى الأول . انتهى . وهو ضعيف .

ومنهـــا : إذا رأى مَنيًّا فى ثوب لا ينام فيه غيره ، قال أبو المعـالى والأزجي : لا بطاهر ، فاغتسل له . ويعمل فى الإعارة باليقين ، وقيل : بظنه .

ومنهـــا : من أراد الصدقة بماله كله . وكان وحده ، وعلم من نفسه حسن التوكل والصبر عن المسألة : جاز له ذلك ، بل يستحب له . جزم به فى منتهى الغاية وغيرها . وإن لم يعلم لم يجز له . قال أبو الخطاب وغيره : قاله أصحابنا .

قلت : وصرح كل من وقفت على كلامه بالعلم فى الصورتين .

ومنهـــا : إذا شك الطائف فى عدد الطواف ، فالمنصوص عن الإمام أحمد : الأخذ باليقين . وذكر أبو بكر عبد العزيز وغيره : الأخذ بالظن . وهو رواية عن أحمد رحمه الله تعالى . وماقاله أبو بكرهنا ـ من الأخذ بالظن ـ مخالف له لما قاله فى الشك فى عدد الركعات ، وأنه يبنى على اليقين(١) .

ومنهـــا : إذا شك رامى حصاة الجمار فى حصاة من أى الجمار : تركها . قال غير واحد من الأصحاب : يبنى على اليقين(٢) .

ومنهـــا : أن حصى الرمى لا بد أن يحصل فى المرمى . وهل يشترط علمه بحصوله فى المرمى ، أو ظنه ؟ فى المسألة قولان . الأصح : العلم .

---

(١) فى هامش الأصل : وقد يفرق بينهما ـ على قوله ـ بأن الصلاة لا يطول زمنها ، ولا يكثر فيها السهو كـكثرته فى الطواف وطول زمنه .

(٢) هامش الأصل : وهو الأقل يبنى على الأولى .

ومنهـــا : أن المذهب المنصوص عن أحمد ، الذى نقله الجماعة : أنه لا يصح بيع ما قصـد به الحرام . كالعصير لم يتخذه خمراً ونحوه . قال غير واحد من الأصحاب : إذا علم ذلك ، ولنا قول آخر : أو ظنه .

قال أبو العباس ـ مؤيداً لأصله ، معارضاً لما قاله الأصحاب فى هذه المسألة ـ لأنهم قالوا ـ يعنى الأصحاب ـ لو ظن الآجِرُ أن المستأجر يستأجر الدار لمعصية كبيع الخمر ونحوه ـ لم يجز له أن يؤجره تلك الدار . ولم تصح . والإجارة والبيع سواء . والله أعلم .

ومنهـــا : أن التوكيل فى الخصومة جائز . وهو المنصوص عن الإمام أحمد . وقاله الأصحاب . ويروى عن على . نقله حرب . لـكن قال ابن عقيل فى فنونه : لا يصح التوكيل ممن علم ظلم موكله فى الخصومة . وقال القاضى : قوله تعالى (٤ : ١٠٥ ولا تكن للخائنين خصيماً) يدل على أنه لا يجوز لأحد أن يخاصم عن غيره فى إثبـات حق أو نفيه ، وهو غير عالم بحقيقة أمره . وكذا فى المغنى فى الصلح عن المنكِر : يشترط أن يعلم صدق المدعى . فلا يحل دعوى ما لا يعلم ثبوته .

ومنهـــا : المكره الذى لا يترتب على أقواله وأفعاله شىء : هل يشترط فيه أن يمسه بشىء من العذاب ، أم يكفى فى كونه مكرهاً : التهديد بالضرب ، والحبس ، وأخذ مال يضره ، من قادرٍ يغلب على ظنه وقوع ما هدده به ؟ فى المسألة روايتان . الأصح : غلبة الظن . وقال أبو العباس : ولو ظن أنه يضره بلا تهديد فى نفسه ، أو ماله ، أو أهله . فإنه يكون مكرهاً .

ومنهـــا : لو أريدت نفس إنسان ، أو ماله أو حرمته : دفع عن تلك بأسهل ما يعلم أنه يندفع به . قاله أبو محمد المقدسى والسامرى وغيرهما . وقال فى الترغيب والمحرر : يدفع بأسهل ما يظن أنه يندفع به . واختار أبو محمد المقدسى وغيره : أن له دفعه بالأسهل إن خاف أن يبدره .

ومنهـــا : لو أدخل إلى جوفه شيئاً ـ وقلنا : يفطر به ـ فيعتبر العلم

بالواصل إلى جوفه . وجزم أبو البركات فى منتهى الغاية : بأنه يكفى الظن .

ومنهـــا : لو رمى صيداً ـ قال غير واحد : وتحقق الإصابة . وقال بعضهم : وعلم الإصابة . وكلاهما بمعنى ـ فغاب عنه ، ثم وجده ميتاً لا أثر به لغير السهم . فهل يحل أم لا ؟ فى المسألة ثلاث روايات . ثالثها : إن غاب نهاراً حل . وإن غاب ليلا لم يحل . وإن وجد فيه غير أثر سهمه ـ مما يحتمل أنه أعان على قتله ـ حرم . قاله غير واحد من الأصحاب . وعزى إلى نص أحمد .

ولم يقولوا : ووجد فيه أثراً يغلب على الظن أنه أعان على قتله . كما قالوا : فى السهم المسموم . قال بعض المتأخرين من أصحابنا : ويتوجه التسوية بين السهم والأثر لعدم الفرق . وأن المراد بالظن فى السهم المسموم : الاحتمال .

ومنهـــا : لو قال له : علىّ ألف فى علمى ـ أو فى ظنى ـ لزمه فى الأول لا الثانى . والله أعلم .

ومنهـــا : الصائم إذا غلب على ظنه أنه إذا قَبَّل أنزل : حرم عليه التقبيل . ذكره الأصحاب محل وفاق .

ومنهـــا : لو غاب عن مطلقته المحرمة عليه حتى تنكح زوجاً غيره . ثم أتته . فذكرت : أنها نكحت مَنْ أصابها وانقضت عدتها منه ، وكان ذلك ممكناً : فله نكاحها إذا غلب على ظنه صدقها . قاله الأصحاب . وفى الترغيب ، وقيل : لا يقبل قولها إلا أن تكون معروفة بالثقة والديانة . ولو كذبها الزوج الثانى فى الوطء ، فالقول قوله فى تنصيف المهر . والقول قولها فى إباحتها للأول . لأن قولها فى الوطء مقبول . ولو ادعت نكاح حاضر وإصابته ، وأنكرها أصلَ النكاح والإصابة : حلت للأول فى الأصح . وهذان الفرعان مشكلان جداً .

ومنهـــا : إذا شك فى عدد الطلاق . أو عدد الرضعات : بنى على اليقين .

ومنهـــا : ما نقل عن الإمام أحمد ـ رضى الله عنه ـ فيمن تعرض عليه آنية مشتبهة . فقال : إن علم أنه حرام بعينه فلا يأكل منها .

ومنهـــا : الشهادة . هل تجوز بغلبة الظن ، أم لابد من اليقين ؟ .

قال القاضى أبو يعلى : ما أمكن تحمله مطلقاً لايجوز بغلبة الظن . ومالايمكن جاز بغلبة الظن . وهو الاستفاضة . ومنع فى شهادة الأعمى : أن الشهادة طريقها غلبة الظن . قال : بل القطع واليقين . وكذلك قال الشيخ أبو محمد فى شهادة الأخرس وقال الشيخ أبو محمد فى شهادة الملكية : يجوز بغلبة الظن ، لأن الظن يسمى علماً قال الله تعالى (٦٠ : ١٠ فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار) ولا سبيل إلى العلم اليقينى . فجاز بالظن . فيؤخذ من هذا : أن شهادة الاستفاضة تجوز بغلبة الظن . وفى غيرها قولان ، أخذا من قول الشيخ أبى محمد « إن الظن يسمى علماً » .

يؤيده : أن لنا قولا فى جواز الشهادة فى غير الاستفاضة بغلبة الظن : أن الشاهد إذا رأى خطه متيقناً له ، ولم يذكر الشهادة : هل له أن يشهد ، أم لا ؟ فى المسألة ثلاث روايات . ثالثها : يشهد إن كان فى حفظه وحرزه . وكذلك الخلاف فى الحاكم .

ومنهـــا : إذا وجد سماعه بخط يثق به ، وغلب على ظنه أنه سمعه : جاز له أن يرويه . قاله أكثر أصحابنا وغيرهم . قال الإمام أحمد ـ فى رواية الحسين بن حسان ـ فى الرجل يكون له السماع مع الرجل . فلا بأس أن يأخذ به بعد سنين ، إذا عرف الخط . وقيل له : فإذا عرف كتابة من يثق به ؟ فقال : كل ذلك أرجو . فإن الزيادة فى الحديث لاتكاد تخفى . لأن الأخبار مبنية على حسن الظن وغلبته .

ومنهـــا : هل للوصى أن يوصى إذا لم يجعل إليه ذلك أم لا ؟

فى المسألة روايتان . أشهرهما : عدم الجواز . قال الحارثى : ولو غلب على الظن أن القاضى يستند إلى من ليس أهلا ، أو أنه ظالم : اتجه جواز الإيصاء ، قولا واحداً . بل يجب . لما فيه من حفظ الأمانة ، وصون المال عن التلف والضياع .

ومن المسائل التى يعمل فيها بغلبة الظن : الحكم بالقرائن . كاللقطة ، والركاز والبيع بالمعاطاة . والوقف بالفعل الدال عليه . ودفع الثوب إلى القصّار والخياط ، والدخول إلى الحمام من غير تقدير أجرة ، ولهم عادة بأجرة معينة . وغير ذلك من الأفعال الدالة على الأقوال . وهى كثيرة جداً .

ومن الحكم بالقرائن : دفع ما يصلح للزوج ، أو للزوجة ، إذا تنازعا فيه . ودفع ما يصلح لكل صانع .

وفى بعض هذه الصور خلاف ضعيف .

ومسائل كثيرة من هذا النمط فى الدعاوى .

ومن المسائل التى يعمل فيها بغلبة الظن أيضاً : الحكم بالشاهدين ، أو بالشاهد واليمين ، أو الأربعة . والحكم بالشاهد حيث قلنا به . وبالمرأة الواحدة حيث قلنا بها . والعمل بخبر الواحد حيث قلنا به . والمجتهد والحاكم إذا حدثت له واقعة فإنه يجب عليه العمل بما يغلب على ظنه .

ومنهـا : المستحاضة إذا قلنا بالمذهب المشهور : إنهـا تجلس ستاً أو سبعاً . فالمذهب : أنها تفعل ذلك بما يغلب على ظنها لا بالتشهى .

ومنهـا : إذا أعتق عبداً وغلب على ظنه أنه يزنى ، أو يلحق بدار الحرب : فإنه يحرم عليه إعتاقه ويصح . ذكره صاحب المغنى .

ومنهـا : ما قاله صاحب التلخيص والرعاية : يجوز للرجل دخول الحمام مع ظن السلامة . ولكن قال أحمد ــ لرجل أراد دخول الحمام ــ إن علمت أن كل من فى الحمام عليه إزار فادخله ، وإلا فلا تدخله .

ومنهـا : أن فرض الكفاية واجب على الجميع على المشهور . ويسقط بفعل البعض . فإن غلب على ظن جماعة : أن غيرهم يقوم بذلك سقط عنهم . ذكره القاضى وغيره .

ومنهـا : أن النوم المستثقل ينقض الوضوء . لأنه مظنة خروج

الحدث . و إن كان الأصل عدم خروجه و بقاء الطهارة . هذا المذهب المشهور . وحكى ابن أبي موسى فى شرح الخرقى وجهاً : أن النوم نفسه حدث . لـكن يعفى عن يسيره كالدم ونحوه .

واختار أبو العباس : أن النائم لاينتقض وضوؤه إذا غلب على ظنه أنه لم يحدث

ومنهـــا : لو استأجر أرضاً للزراعة . وكان يعلم بوجود المـاء وقت الحاجة إليه صح . و إن غلب على الظن وجوده بالأمطار ، أو زيادة الأنهار : جزم فى المغنى وغيره بالصحة . وفى التلخيص وجهان .

ومنهـــا : أن المصلى إذا غلب على ظنه وجود المـاء ــ إما فى رحاله ، أو رأى ركباً ، أو موضعاً قريباً عليه طير : وجب الطلب . رواية واحدة . ولو قطع ــ أن لاماء فلا طلب . رواية واحدة . ولو ظن عدمه ــ وقلنا بوجوب الطلب ــ فأشهر الروايتين : يجب . وذكر فى التبصرة رواية لايجب . وهى أظهر . فإن تيمم ثم رأى ركباً يظن أن معه ماء ، أو مايدل على الماء ــ وقلنا : بوجوب الطلب ــ بطل تيممه . ذكره أبو محمد . وأبدى احتمالاً آخر لايبطل تيممه . وعبر أبو البركات فى شرحه : إذا رأى ركباً يعلم أنه لايخلو عن ماء لزمه الطلب . فإن حصل له ، و إلا استأنف التيمم .

ومنهـــا : ماذكره أبو الخطاب فى التمهيد ، فى مسألة التعبد بالقياس : إن من أخبره بلصوص فى طريقه ، وظن صدق المخبر : لزمه ترك المسير .

ومنهـــا : إذا قلنا على رواية ــ اختارها أبو الخطاب ، وغيره ــ : يمنع العمل بالعام قبـل البحث عن المخصص . فهل يشترط حصول اعتقاد جازم بأنه لامخصص ، أو يكفى غلبة الظن بعدمه ؟ فيه خلاف . اختار القاضى أبو بكر الأول ، وابن سريج ، و إمام الحرمين والغزالى الثانى .

ومنهـــا : ما ذكره شيخنا ــ تقى الدين ابن تيميـة ــ فى تعليقه على

المحرر : أنه يتعين تقييد إباحة النظر إلى المخطوبة بمن إذا خطبها غلب على ظنه إجابته . ومتى غلب على ظنه عدم الإجابة : لم يجز .

ومنهـــا : للامام عزل القاضى إذا رابه أمره . ويكفى غلبة الظن . ذكره فى الترغيب .

ومنهـــا : إنكار المنكر لا يسقط بظنه أنه لا يفيد . هذا هو الصحيح من الروايتين . وجزم به القاضى فى الجامع الكبير . والرواية الأخرى : يسقط كإياسه ، على الصحيح من الروايتين .

ومنهـــا : لو خاف المصلى هدم سور ، أو طم خندق ، إن صلى آمناً . فله أن يصلى صلاة خائف . ما لم يعلم خلافه . ذكره القاضى . وقال ابن عقيل : يصلى آمناً ما لم يظن ذلك .

ومنهـــا : ما ذكره ابن عقيل ، وغيره : أنه لا يجوز الإقدام على فعل لا يعلم جوازه . وذكر بعض المالكية عدم الجواز إجماعاً . ويتوجه : يجوز له الإقدام إذا ظن جوازه .

ومنهـــا : أنه لايتابع الإمام فى تكبير الجنازة إذا زاد على أربع ، إذا علم ـ أو ظن ـ بدعته ورفضه ، لإظهار شعارهم . ذكره أبو الوفاء ابن عقيل محل وفاق .

ومنهـــا : إذا علم المزكى أن المدفوع له أهلاً للزكاة . وقال ابن تميم : إذا ظن : كره إعلامه بها . نص عليه أحمد . وقال بعض أصحابنا : لا يستحب . نص عليه . ولنا قول باستحبابه . وفى الروضة : لا بد من إعلامه . وقال ابن تميم : وعن أحمد نحوه . وإن علمه أهلا لها ، ولكن من عادته أنه لا يأخذ زكاة فأعطاه ، ولم يعلمه : لم يجزه فى قياس المذهب . لأنه لم يقبل زكاة ظاهراً . ولهذا لو دفع المغصوب إلى مالكه ، ولم يعلمه أنه دفعه : لم يبرأ . ذكره أبو البركات . وحكى ابن تميم هذا القول ، ولم يحك غيره . وقال : فيه بعد .

ومنهـــا : إذا تبع الجنازة منكر . فهل يتبعها وينكره بحسبه ، أو يحرم

عليه أن يتبعها ؟ فى المسألة روايتان . وصحح جماعة الثانى ، وأبو العبـاس صحح الأول . قال صاحب المحرر : ولو ظن أنه إن تبعها أزيل المنـكر لزمه اتباعها . على الروايتين . ويعايى بها .

ومنهـــا : من دفن فى مقبرة مسبلة ، ثم أريد حفر قبره ليدفن معه غيره . قال الآمدى : ظاهر المذهب ، أنه لا يجوز . وقال القاضى ، وغيره : لا بأس به إذا كان الميت قد بَلِى . ومراده : إذا غلب على ظنه . ولهذا ذكر غير واحد : يعمل بقول أهل الخبرة . و بعضهم عبر : إذا علم أن الميت قد بَلِىَ . ومراده : الظن والله أعلم .

ومنهـــا : أن الميت ــ غير الشهيد ــ يجوز نقله إلى مكان آخر لغرض صحيح . هذا المذهب عندنا . قال صاحب المحرر : محل هذا إذا لم يظن تغيره .

ومنهـــا : ما ذكره صاحب المحرر محل وفاق : أن المرأة يحرم عليها زيارة القبور ، إذا علمت أنه يقع منهـا محرم . لـكن قال : تأثم بظن وقوع النوح . ولا فرق بين النوح وغيره من المحرمات . فإما أن يعمـل بالظن مطلقاً ، أو بالعلم مطلقاً . فالتفرقة لا وجه لها ، مع أنه ــ هو وغيره ــ لم يحرم دخول الحمام إلا مع العلم بالمحرم .

القــاعدة ٢ ـ شرط التكليف : العقل ، وفهم الخطاب .

ذكره الآمدى اتفاق العقلاء . فلا تـكليف على صبى ، ولا مجنون لا عقل له . وقال أبو البركات فى المسودة : واختار قوم تـكليفهما .

قلت : من اختار تـكليفهما ، إن أراد : أنه يترتب على أفعالهما ما هو من خطاب الوضع ، فلا نزاع فى ترتبه . و إن أراد خطاب التكليف : فإنه لا يلزمهما بلا نزاع . و إن اختلف فى مسائل : هل هى من خطاب الوضع ، أم من خطاب التـكليف ؟ أو بعض مسائل من مسائل التـكليف ؟ وقد حكى حنبل عن أحمد

رواية فى المجنون : أنه يقضى الصلاة والصوم . وعنه : إن أفاق بعد الشهر لم يقض الصوم ، و إن أفاق فيه قضى . والمذهب الصحيح : خلاف ذلك .

والظاهر — والله أعلم — أن من قال بتكليفهما ، إنما قاله بناء على التكليف بالمحال ، على ما سيأتى فى تكليف الغافل إن شاء الله تعالى .

وأما الصبى المميز : فالجمهور على أنه ليس بمكلف . وحكى عن أحمد رواية بتكليفه ، لفهمه الخطاب . ذكرها فى الروضة . وعنه : يكلف المراهق . واختار ذلك ابن عقيل فى مناظراته .

واختلف أصحابنا فى سِنِّ التميز . فالأكثر على أنه سبع سنين ، لتخييره بين أبويه . وقيل : ست . اختاره فى الرعاية ، وفى كلام بعضهم : مايقتضى أنه عشر .

وقال فى المطلع : المميز الذى يفهم الخطاب ، ويرد الجواب . ولا ينضبط بسن . بل يختلف باختلاف الأفهام . والصحيح فى المذهب : عدم تكليفه . وما ثبت من أحكام تكليفه ، فبدليل خارجى .

إذا تقرر هذا . فلنتكلم على مسائل تتعلق بالتميز .

ومنهـــا : إذا خلت المميزة بماء يسير فى طهارتها — وقلنا : لا يجوز للرجل التطهر بما خلت به المرأة — فهل يجوز للرجل التطهر بما خلت به المميزة ؟ حكى فى الرعاية فى المسألة احتمالين .

ومنهـــا : إذا جامع ، أو جومع . وكان مثله يطأ أو يوطأ : لزمه الغسل على المنصوص . وفيه وجه يستحب . اختاره القاضى .

ومنهـــا : وجوب الصلاة عليه . ظاهر المذهب : أنها لاتجب عليه . وعنه تجب عليه . وعنه تجب على من بلغ عشرا . اختارها القاضى أبو بكر . وظاهر كلامه فى الجارية إذا بلغت تسعا : يجب عليها . وعنه يجب على المراهق . اختارها أبو الحسن التميمى . قال أبو المعالى ، ونقل عن أحمد : فى ابن أربع عشر سنة : إذا ترك الصلاة قتل .

وإذا أوجبنا الصلاة عليه ، فهل الوجوب مختص بما عدا الجمعة ، أو يعم الجمعة وغيرها ؟ فى المسألة وجهان لأصحابنا . أصحهما : لا تلزمه الجمعة . وإن قلنا : بتكليفه بالصلاة . قال صاحب المحرر: هو كالإجماع للخبر . وإذا قلنا بعدم الوجوب عليه . فإنه يجب على وليه تعليمه الصلاة والطهارة وشروطها . نص عليه أحمد . خلافاً لابن عقيل فى مناظراته .

ومنهـــا : أذانه للبُلَّغ : هل يجزىء ؟ فى المسألة روايتان . الرواية التى نصرها القاضى : الصحة . وعدم الصحة : علله طائفة من الأصحـاب بأن الأذان فرض كفاية . وفعل الصبي نفل . وعلله صاحب المغنى والمحرر بأنه لا يقبل خبره . وذكره جماعة فى أصول الفقه .

وقال أبو العباس : ويتخرج فى أذانه روايتان . كشهادته وولايته .

أما صحة أذانه فى الجملة ، وكونه جائزاً إذا أذن غيره : فلا خلاف فى جوازه . قال : ومن الأصحاب من أطلق الخلاف ، لأن أحمد قال — فى رواية حنبل — : لا بأس أن يؤذن الغلام قبل أن يحتلم ، إذا كان قد راهق . وقال فى رواية على ابن سعيد — وقد سئل عن الغلام يؤذن ، قبل أن يحتلم ؟ — فلم يعجبه ، قال: والأشبه أن الأذان الذى يسقط الفرض عن أهل القرية ، ويعتمد فى وقت الصلاة والصيام : لا يجوز أن يباشره صبي . قولاً واحداً . ولا يسقط الفرض ، ولا يعتمد فى مواقيت العبادات . وأما الأذان الذى يكون سنة مؤكدة — فى مثل المساجد التى فى المصر ونحو ذلك — فهذا فيه روايتان . والصحيح : جوازه .

ومنهـــا : عورة الحرة المراهقة . قال بعض أصحابنا : المميزة كالأمة ؟ نقل أبو طالب — فى شَعر وساق وساعد — لا يجب ستره حتى تحيض . وقال أبو المعالى : هى بعد التسع ، والصبى بعد العشر كالبالغ . ثم ذكر عن أصحابنا إلا فى كشف الرأس . وقبلهما وبعد السبع : الفرجان .

ومنهـــا : وجوب الصوم عليه . والمذهب : لا يجب عليه حتى يبلغ .

وعن أحمد رواية : يجب عليه إن أطاقه . اختـارها أبو بكر . وابن أبي موسى .
وحَدَّ ابن أبي موسى طاقتـه بصوم ثلاثة أيام متوالية ولا يضره ، لخبر مرسل .
وعنه : يلزم من بلغ عشرا وأطاقه .

وإن قلنـا بعدم الوجوب عليه . فإنه يجب على وليه ضربه عليه ليعتاده .
ذكره جماعة . قال صاحب المحرر وغيره : لا يؤخذ به . ويضرب عليه فيما دون العشر ، كالصلاة .

ومنهـــا : إحرامه بإذن وليه صحيح ، وبغير إذنه لايصح . اختاره الأكثر .

ولنا قول ـ واختاره أبو البركات ـ أنه يصح . كصلاته وصومه .

فعلى هذا يحلله الولى منه ، إن رآه ضرراً عليه فى الأصح . كالعبد .

تنبيه : وإذا لم نوجب عليه العبادة . فمـا فعله فإنه يثاب عليه . وثوابه له .
ذكره الشيخ أبو محمد فى موضع ، والإمام أبو العباس . وكذا قال ابن عقيل فى فنونه فى أوائل المجلد التاسع عشر .

وعندى أنه يثاب على طاعات بدنه ، ومايخرج من العبادات المالية من ماله .
قال ابن هبيرة فى الحج : معنى « قولهم يصح منه » أى يكتب له . قال : وكذا أعمال البر كلها ، فهى له ، ولا تكتب عليه .

وعلله ابن عقيل فى الجنائز بتقديم النساء على الصبيان بالتكليف . ففضلهن بالثواب . والصبى ليس من أهل الثواب والعقاب .

وطريقة بعض أصحابنا فى مسألة تصرفه : ثوابه لوالديه .

ولأحمد وغيره بإسناد ضعيف عن أنس مرفوعاً « إن حسنات الصبى لوالديه ، أو أحدهما » وذكره ابن الجوزى فى الموضوعات .

ومنهـــا : بيعه بإذن وليه للكثير صحيح . على الصحيح . وبغير إذن صحيح فى الشيء اليسير . وجزم به طائفة .

وقال القاضي فى الجامع ، قال أبو بكر : اختلف قوله فى صحة بيعه . فروى عنه : صحة ذلك فى اليسير . وروى عنه لايصح .

ويجب أن يكون موضع الروايتين فى اليسير : إذا لم يكن مأذوناً له . فأما إذا كان مأذوناً له : فيصح بيعه وشراؤه فى اليسير والكثير . وفى الكثير لايصح على الصحيح .

وعن أحمد رواية يصح موقوفاً على إجازة وليه .

وعنه يصح من غير إجازة . ذكرها الفخر إسماعيل .

وقال ابن عقيل : الصحيح عن أحمد لاتصح عقوده ، و إن شنحه[1] . وقال: الصحيح عندى فى عقوده كلها روايتان . وفى الانتصار وعيون المسائل : ذكر أبو بكر صحة بيعه ونكاحه .

ومنها : إذا أوجبنا على البالغ الكفارة فى وطء الحائض . فهل تجب على الصبى إذا وطىء ؟ فى المسألة وجهان .

ومنها : إمامته بالبالغ . هل تصح أم لا ؟ فى المسألة ثلاث روايات . ثالثها : تصح فى النفل دون الفرض . واختارها أكثر أصحابنا . وظاهر المسألة : لو قلنا تلزمه الصلاة . وصرح [به] ابن البنا فى العقود . و بناؤهم المسألة على أن صلاته نافلة تقتضى صحة إمامته إن لزمته . قاله صاحب النظم . وهو ظاهر متجه .

وقال ابن عقيل : يخرج فى صحة إمامة ابن عشر سنين وجه ، بناء على القول بوجوب الصلاة عليه .

وقال بعض أصحابنا : تصح فى التراويح ، إذا لم يكن غيره قارئاً ، وجهاً واحداً .

وتصح إمامته بمثله . قطع به غير واحد . وفى المنتخب : لاتصح .

ومنها : مصافَّته للبالغ . فإن كان فى النافلة : صح ، لحديث أنس . وذكر أبو الخطاب رواية : لاتصح كإمامته .

---

(١) كذا فى الأصل .

و إن كان فى الفريضة . فروى عن أحمد : أنه توقف فى هذه المسألة . وقال : ما أدرى ؟ فذكر له حديث أنس . فقال ذلك فى التطوع .

واختلف أصحابنا فى ذلك . فقال بعضهم : لا تصح ، كإمامته . وعلله أبو حفص بأنه يخشى أن لا يكون متطهراً . فيصير البالغ فذاً .

وقال ابن عقيل : تصح ، لأنه يصح أن يصافَّ الرجل فى النفل . فصح فى الفرض كالمتنفل . ولا يشترط لصحة مصافته صلاحية الإمامة . بدليل الفاسق والعبد والمسافر فى الجمعة . وما قاله أصوب .

ومنهـــا : جواز غسل صبى له سبع للمرأة . هل يجوز أم لا ؟ وفى المسألة روايتان . والمنع قول أبى بكر وابن حامد . وحكى بعضهم الجواز قولَ أبى بكر . و يغسل صبياً دون سبع مجرداً بغير سترة . و يجوز لمس عورته . والنظر إليها . نص عليه الإمام أحمـد . وفيما زاد على السبع قبل البلوغ وجهان . وحكى أبو الخطاب ـ فيمن بلغ السبع ولم يبلغ ـ روايتين . قال ابن تميم : والصحيح أنها لاتغسله إذا بلغ عشرا وجهاً واحداً .

وأما الجارية إذا لم تبلغ سبعاً ، فقال القاضى ، وأبو الخطاب : يجوز للرجال غسلها . وحكى ابن تميم وجهاً : له غسل بنت خمس فقط . وعنه لا يغسل الجارية رجلٌ ، إلا أن يكون أباً يغسل ابنته الصغيرة .

وقال الخلال : يكره للرجل الغريب أن يغسل ابنة ثلاث سنين و ينظر إليها .

وقال الخلال أيضاً : القياس التسوية بينهما ، قياساً لـكل واحد منهما على الآخر . لولا أن التابعين فرقوا بينهما .

فعلى قولنا : حكمها حكم الغلام ، لايغسل الرجلُ من بلغت عشرا ، لما ذكرنا فى الصبى . و يحتمل أن يحـد ذلك فى الجارية بتسع . وفيما قبل ذلك الوجهان . واختار أبو محمد المنع .

ومنهـــا : جواز كونه غاسلا للميت . ويسقط به الفرض . حكى طائفة من أصحابنا روايتين . وطائفة وجهين . والصحيح : السقوط .

ولنا وجهان أيضاً فى سقوط فرض الصلاة بفعله . وقدم أبو البركات : السقوط لغسله . وجزم أبو المعالى بالثانى .

ومنهـــا : لو التقط لقطة وعرّفها . فظاهر كلامه فى المغنى : عدم الإجزاء . قال الحارثى : والأظهر خلافه . لأنه يعقل التعريف . فالمقصود حاصل .

ومنهـــا : إذا وجدناه ضائعاً لا كافل له . هل يكون لقيطاً أم لا ؟ تردد صاحب التلخيص ، وقال : ويحتمل أنه ليس بلقيط . فإنه قريب الشبه بالممتنع من الضوال فى اللقطة . فإن له نوع استقلال . قال : والمختار عند أصحابنا : أنه يكون لقيطاً . لأنهم قالوا : إذا التقط رجل وامرأة معاً مَنْ له أكثر من سبع سنين أقرع . ولم يجبر ، بخلاف الأبوين .

ومنهـــا : إذا قلنا للولد المنازع فيه : أن ينتسب إلى من شاء من المدعين إذا بلغ . فهل المميز كذلك ، أم لا ؟ المذهب : أنه لا يقبل الانتساب . وقاله غير واحد من الأصحاب . وأبدى الحارثى احتمالا بالقبول .

ومنهـــا : هبته . هل تصح أم لا ؟ والمنصوص عن أحمد : عدم الصحة أذن الولى أم لا ؟ قال أبو داود : سمعت أحمد سئل : متى يجوز هبة الغلام ؟ قال : ليس فيه اختلاف إذا احتلم ، أو يصير ابن خمس عشرة سنة . وذكر بعض أصحابنا رواية فى صحة إبرائه . فالهبة مثله .

ومنهـــا : هل هو أهل لقبض الهبة وقبولها أم لا ؟ فى المسألة روايتان . أشهرهما : ليس هو أهلا . نص على ذلك فى رواية ابن منصور . وعليه معظم الأصحاب . والثانية : هو أهل . قال المروذى ، قلت لأحمد : نعطى يتيما من الزكاة ؟ قال : نعم يدفعها إلى الغلام . قلت : فإنى أخاف أن يضيعه . قال : يدفع إلى من يقوم بأمره . وهذا اختيار صاحب المغنى والحارثى . وأبدى فى المغنى احتمالا : أن صحة

قبضه تقف على إذن الولى دون القبول . لأن القبض يحصل به مستولياً على المال . فلا يؤمن من تضييعه له . فتعين حفظه عن ذلك توقفه على الإذن ، كقبض وديعته . وأما القبول : فيحصل به الملك من غير ضرر . فجاز من غير إذن ، كاحتشاشه واصطياده .

ومنهـــا : وصيته . والمذهب المنصوص ، الذى نقله الجماعة : صحتها . ومن الأصحاب من حكى وجهاً : أنها لا تصح حتى يبلغ .

وإذا قلنا بالمذهب ، فالأشهر عند أحمد : التحديد بعشر سنين فصاعدا . نص عليه فى رواية طائفة من أصحابه ، حتى قيل عن أبى بكر : لا يختلف المذهب أن من له عشر سنين تصح وصيته .

وفيما قاله ـ رحمه الله ـ نظر . فإن الأثرم قال فى كتابه : قيل لأبى عبد الله : الصغير يوصى ولم يحتلم ؟ قال : إذا أصاب الحق . وكان ابن ثنتى عشرة سنة . فهو جائز . قلت : ابن ثنتى عشرة سنة ؟ قال : نعم . قلت : على حديث عمرو بن سليم عن عمر ؟ قال : نعم .

وفى مسائل حرب : سألت أحمد بن حنبل : هل تجوز وصية الغلام ؟ قال : إذا أصاب الحق . وأراه قال : إذا كان ابن ثنتى عشرة سنة . وفى كتاب الخلال ، قال حنبل : قلت لأبى عبد الله : فالصبى وصَّى بالوصية ؟ قال : إذا بلغ ثنتى عشرة سنة أو نحوها جازت ، إذا وافق الحق . قلت : مثل ماذا ؟ قال : يوصى لوارث ، أو يحيف فى الوصية ، رده الحاكم إلى الحق .

وذلك نص فى التحديد بثنتى عشرة سنة . وحكى القاضى فى المجرد وغيره عن أبى بكر عبد العزيز : أنه حكى عن أحمد رواية : أنها تصح وصية من له فوق سبع سنين ، اعتباراً باسلامه وبتخييره . قال الحارثى : وهذا لم أجده منصوصاً عن أحمد . وأظنه مخرجا من نصه فى إسلام ابن ثمان .

ويؤيد ذلك : أن ابن أبى موسى ذكر فى الإرشاد : أن وصية الغلام الذى

لم يبلغ عشراً ، والجارية التى لم تبلغ تسعا : باطلة ، قولا واحداً . وابن أبى موسى خبير بالمذهب جداً . و إذا قيل بالأشهر عن أحمد ، وأن ذلك محدود بعشر : فظاهر إطلاق أبى الخطاب ، وأبى محمد المقدسى : لافرق بين الذكر والأنثى . ولـكن نص أحمد فى رواية صالح على الصحة فى الأنثى لتسع سنين . وفى الذكر لعشر . واختاره أبو بكر عبد العزيز ، وابن أبى موسى .

تنبيه : كثيراً ما يقيدون الصحة فى وصية الصبى بأصلية الحق ، مع أن ذلك معتبر فى كل وصية . و إنما قيدوه لـكون المخالفة تـكثر فيه لعدم وصف التكليف . فاحتيج إلى التأكيد . ذكره الحارثى .

وقال أبو العباس : قول أحمد وغيره من السلف : فى وصيـة الصبى « إذا أصاب الحق » يحتمل فى بادى الرأى وجهين .

أحدهما : أن إصابة الحق : إذا أوصى بما يجوز للبالغ ، لـكن هذا فيه نظر . فإن هذا الشرط ثابت فى حق كل موص . فلا حاجة إلى تخصيص الصبى به .

والثانى : أنه إذا أوصى بما يشرع له ، و يستحب أن يوصى به ، مثل أن يوصى لأقاربه الذين لايرثونه ـ فعلى هذا : لو أوصى لبعيد دون القريب المحتاج : لم تنفذ وصيته . بخلاف البالغ . لأن الصبى لما كان قاصر النظر فلا بد أن ينضم إليه نظر الشرع . كما احتاج بيعه إلى إذن الولي . وكذلك إحرامه بالحج على إحدى الروايتين .

و يدل عليه : أن أصحابنا عللوا ذلك بأنه إن مات كان صرف ما أوصى به إلى جهة القرب ، وما يحصل له به الثواب أولى من صرفه إلى ورثته . وهذا إنما يتم فى الوصية المستحبة . فأما إن كان المال قليلا ، والورثة فقراء : فترك المال لهم أفضل . وما أظنهم ـ والله أعلم ـ قصدوا إلا هذا . انتهى .

ومنهـا : هل يجبر الأب الثيبَ والبـكر المميزتين بعد التسع أم لا ؟ فى المسألة روايتان .

ومنهـــا : هل يصح أن يكون وصياً ؟ فى المسألة وجهان . قال القاضى : قياس المذهب الصحة . لأن أحمد نص على صحة وكالته . وعلى جواز بيعه إذا كان مأذوناً له . وهذا قاله كثير من الأصحاب . وعدم الصحة اختيار أبى محمد فى المغنى . واختاره صاحب المحرر أيضاً .

ومنهـــا : بنت تسع سنين ، حيث قلنا لا تجبر ـ فلها إذن صحيح . هذا هو المذهب المنصوص عن الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ فى رواية عبد الله ، وابن منصور ، وأبى طالب ، وأبى الحارث ، وابن هانى ، والميمونى ، والأثرم . وهو الذى ذكره أبو بكر ، وابن أبى موسى ، وابن حامد ، والقاضى . ولم يذكروا فيه خلافا . وكذلك أكثر أصحاب القاضى . وذكر أبو الخطاب وغيره رواية : ليس فيها إذن صحيح . ولم يذكرها فى رءوس المسائل . وهى مأخوذة مما روى الأثرم عن أحمد : أن غير الأب لا يزوج الصغيرة حتى تبلغ فيستأمرها . وهذا لا يثبت . فإن فى سياق رواية الأثرم : أن الأب يزوج الصغيرة بدون إذنها ، إذا كانت صغيرة حين زوجها لم تبلغ تسع سنين . وهذا موافق لرواية حرب : أن غاية الصغر تسع سنين .

وقوله « حتى تبلغ حد الإذن » وقد فسر الخلال كلام أحمد فى بلوغ الصغيرة وإدراكه على بلوغ سن التمييز فى كتاب الجنـائز وغيرها .

وأما ابن تسع سنين : فقال القاضى فى الجامع الـكبير : ربما تجب صحة نكاح بنت تسع سنين . ولا يلزم على هذا الغلام إذا بلغ هذا السن . لأنه لا حاجة به إلى العقد ، لأنه لا شهوة له . وفيه ضرر عليه من استحقاق المهر والنفقة .

وقال فى كتاب الطلاق فى الجامع أيضاً : وأما نـكاح الصبى المميز ، فالمنصوص عن أحمد : أنه يصح .

وقال فى رواية المروذى ـ فى غلام زوجه عمه وهو صغير . فقال : قبلت ـ ليس بشىء حتى يبلغ عشر سنين .

وقال فى موضع آخر : لا يجوز قبوله ، حتى يبلغ عشر سنين .

وقال أبو بكر : يصح . ويجب أن يكون هذا موقوفا على حصول الإذن من جهة الولى . انتهى .

وظهر من هذا : أنه يصح أن يتزوج بإذن وليه . وأن ذلك مقدر بعشر سنين . وقد تقدم : أن طائفة من الأصحاب فرقت بين الغلام والجارية فى الوصية . وأنه يقدر سن الغلام بعشر ، والجارية بتسع . فكذلك ههنا .

ومنهــــا : هل يجبر الصبي المميز على النكاح ؟ قال أبو يعلى الصغير : يحتمل أنه كالبنت . وإن سلمناه فلا مصلحة له . وإذنه نطق لا يكفى صَمْته ولا ولاية عليه بعد بلوغه .

ومنهــــا : إذا أعتق . فقال طائفة من الأصحاب : لا يصح بغير خلاف . وأثبت غير واحد الخلاف . فقال فى المبهج ، والترغيب : في عتق ابن عشر وابنة تسع ، روايتان . وقدم فى التبصرة صحة عتق المميز . وفى عيون المسائل ، قال أحمد : يصح عتقه .

قلت : ونقل أبو طالب ، وأبو الحارث ، ومحمد بن موسى بن مشيش : صحة عتقه .

وإذا قلنا : بصحة عتقه ، فضبطه طائفة بعقله العتق . وقاله أحمد فى رواية صالح ، وأبى الحارث ، وابن مشيش .

وضبطه طائفة بعشر فى الغلام ، وفى الجارية بتسع . كما ذكرناه عن صاحب المبهج ، والترغيب . وقال أحمد ـ فى رواية أبى طالب ، فى الغلام الذى لم يحتلم ، يطلق امرأته ـ إذ عقل الطلاق جاز طلاقه مابين عشر سنين إلى ثنتى عشرة سنة . وكذلك إذا أعتق جاز عتقه . انتهى .

وممن اختار من الأصحاب صحة عتقه : أبو بكر عبد العزيز . ذكره فى آخر كتاب المدبر من الخلاف . قال : وتدبير الغلام إذا كان له عشر سنين صحيح . وكذلك عتقه وطلاقه .

ومنهـــا : هل يكون ولياً فى النـكاح أم لا ؟ فقال أبو بكر فى كتاب المقنع : اختلف قول أحمد فى الصغير ، هل يكون وليا ؟ فالذى نقله ابن منصور فى إحدى الروايتين عنه : أنه لا يكون ولياً حتى يبلغ ، وتجرى عليه الحدود . وظاهر كلامه : تخريج المسألة على روايتين .

وحكى جماعة عن أحمد روايتين تصريحاً ، والمذهب : لا يكون ولياً . نص عليه فى رواية ابن منصور ، والأثرم ، وعلى بن سعيد ، وحرب .

و إذا قلنا : بأنه يكون ولياً . فمقدار سنه : عشر سنين . وعنه : اثنتى عشرة سنة . حكاهما فى المستوعب .

ومنهـــا : أنه يجوز أن ينظر إلى ما فوق السرة وتحت الركبة ، إن لم تـكن له شهوة . وعنه : هو كالمحرم .

و إن كان له شهوة ، فهل هو كالمحرم ، أو كالأجنبى ؟ فى المسألة روايتان .

ومنهـــا : طلاقه . عن أحمد ـ رحمه الله ـ فى ذلك روايتان .

إحداهما : لا يقع حتى يبلغ . نقل أبو طالب : لا يجوز طلاقه حتى يحتلم . والأصحاب على وقوع طلاقه . وهو المنصوص عن الإمام أحمد فى رواية الجماعة . منهم صالح ، وعبد الله ، وابن منصور ، والحسن بن ثواب ، والأثرم ، و إسحاق ابن هانىء ، والفضل بن زياد ، وحرب ، والميمونى .

و إذا قلنا بوقوع طلاقه ـ كما هو المذهب ـ فقال القاضى فى الجامع الـكبير : ظاهر كلام أحمد فى رواية الجماعة : أن ذلك موقوف على حصـول العقل والتمييز من غير تحديد بسن . ونقل أبو الحارث عنه : من عشر سنين إلى ثنتى عشرة سنة . وكذلك قال فى رواية إسحاق بن هانىء .

وعندى : أن هذا ليس على طريق التحديد من أحمد . لأن العقل والتمييز قد يحصلان فيما دون ذلك . ولهذا أجاز تخيير الولد بين أبو يه لسبع سنين .

وعلى هذا الأصل إذا قلنا : يصح إسلامه وردته ، إذا كان يعقل الإسـلام

والردة . فإنه غير محدود . وإنما ذكر أحمد العشر ، لأن الغالب : أن العقل والتمييز لا يحصلان له فيما دون ذلك تخييراً . انتهى .

وفى المستوعب رواية تحده بثنتى عشرة سنة . وهذا الكلام فيما إذا باشر طلاق زوجته . فأما إذا وكل فى طلاق زوجته رجلا ، أو توكل لرجل بالغ فى طلاق زوجته ، أو رد طلاقه إلى زوجته وهى بالغة . فهل يصح ذلك أم لا ؟

قال القاضى فى الجامع الكبير : ظاهر كلام أحمد : أنه يصح . فقال فى رواية صالح فى رجل قال لصبى : طلق امرأتى . فقال : قد طلقتكِ ثلاثاً . لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق . أرأيت لو كان لهذا الصبى امرأة فطلقها ، أكان يجوز طلاقه وهو لا يعقل ؟ فقيل له : فإن كان له زوجة وهى صبية ، فقالت له : صَيِّرْ أمرى إلىَّ . فقال لها : أمرك بيدك . فقالت : قد اخترت نفسى ؟ فقال : ليس بشىء ، حتى يكون مثلُها يعقل الطلاق .

فقد شبه أحمد توكيل الغير له فى طلاق زوجته بإيقاع طلاقه لنفسه . واعتبر العقل فى ذلك .

وكذلك اعتبر العقل إذا رد الطلاق إلى زوجته . وهى صغيرة .

وهذا يدل على أن التوكيل كالإيقاع .

واختار أبو بكر ــ ورواه عن أحمد ــ إذا وكل فى طلاق امرأته : لايقع حتى تبلغ ، ولا يكون ولياً حتى يبلغ . المذهب على ماحكيا . لأن أبا بكر قال : إذا طلق بنفسه صح طلاقه . وكل من صح طلاقه صح أن يوكل ويتوكل فيه . والتوكيل أوسع من الإيقاع . وماروى عن أحمد محمول على قولنا بأنه لايصح طلاقه .

وإذا قلنا بصحة طلاقه ، فهل يصح ظهاره وإيلاؤه أم لا ؟ الأكثر من أصحابنا : على صحة ذلك . وقال أبو محمد المقدسى : والأقوى عندى أنه لايصح من الصبى ظهار ، ولا إيلاء . لأنه يمين مكَفَّرة . فلم تنعقد فى حقه .

قلت : وحكى فى المذهب فى صحة انعقاد يمينه وجهين .

ومنهـــا : إذا عقد لابن عشر سنين عقد نكاح ، وأتت امرأته بولد لستة أشهر فصاعداً . فالمذهب : يلحقه نسبه . ولايلحقه إذا كان سنه أقل من ذلك . وقال القاضي : يلحقه نسبه إذا أتت به لتسعة أعوام ونصف عام مدة الحمل .

وقيل : لايلحقه إلا إذا كان له ثنتى عشرة سنة .

واختار أبو بكر وابن عقيل : لايلحقه حتى يبلغ . واختاره أبو الخطاب أيضاً فى تحريم الزانية ، وتحريم المصاهرة .

وعلى المذهب ـ إذا قلنا يلحقه ـ لايصير بالغا ، ولا يتقرر مهر ، ولايلزم عدة ولا رجعة إن شككنا فى بلوغه .

ومنهـــا : إذا بلغ الغلام سبع سنين وهو عاقل . فعن أحمد : أن أباه أحق به . وعنه أمه . والمذهب : يخير بينهما .

و إن بلغت الجارية سبعا . فالمذهب : أنها عند الأب . وعن أحمد رواية : أن الأم أحق بحضانتها حتى تحيض . ذكرها ابن أبى موسى . قال فى الهدى : هى الأشهر عن أحمد . وأصح دليلا .

وقيل : تخير . وذكره فى الهدى رواية عن أحمد . وقال : نص عليها .

ومنهـــا : إذا قُذف . هل يجب الحد على قاذفه ؟ فى المسألة روايتان ، ذكرهما غير واحد . أظهرهما : يجب . وقال أبو بكر عبد العزيز : لا يختلف قول الإمام أحمد : أنه يحد قاذفه إذا كان ابن عشر ، أو اثنتى عشرة سنة . قال فى الترغيب ـ تفريعاً على وجوب الحد ـ لا يمكن مطالبته حتى يبلغ . انتهى .

وضبطه طائفة من أصحابنا ـ كصاحب الترغيب وغيره ـ بإمكان الوطء فقط

وضبطه السامرى وغيره فى الغلام بعشر ، وفى الجاريه بتسع .

وقريب من هذا : إذا طلب الزوج زوجته ، وكانت ممن يوطأ مثلها ، ولزم التسليم إليه ، فما حدُّ السن الذى يجب التسليم معه ؟ حَدَّه الإمام أحمد فى رواية

عندى ـ على طريقة أبى الحارث بتسع سنين . وقال القاضى : ليس هذا للتحديد وإنما ذكره ، لأن الغالب أن ابنة تسع يتمكن من الاستمتاع بها .

وتقدم قول أبى المعالى فى أول القاعدة فى ابن أربع عشرة سنة ، إذا ترك الصلاة : أنه يعيد . وهو محمول على البالغ بالسن أو الإنبات .

وأما إذا قَذَف أو قَتل لم يُقَم عليه الحد ، ولم يجب عليه القصاص . ولم أر خلافاً فى ذلك بين الأصحاب ، ولا عن الإمام أحمد . ولا يتخرج وجوب ذلك على تكليفه . لأن الحدود تدرأ بالشبهات . والصغر شبهة . وأكثر الناس على عدم تكليفه . فيكون اختلافهم شبهة مانعة من وجوب القصاص والحد . ولأن الحد والقصاص حق على البدن . وبدن الصبي يضعف عن ذلك .

ومنهـا : إسلامه وردته . فظاهر المذهب : صحتهما . وعن الإمام أحمد رواية : لا يصحان . وعنه يصح إسلامه دون ردته .

قال فى المحرر : ويحال بينه وبين الكفار على الروايات كلها . وإذا صححنا ردته لا يقتل حتى يستتاب بعد بلوغه .

وضبطه طائفة من الأصحاب : من يصح إسلامه وردته بعقله . وطائفة حكت روايتين . إحداهما : سبع سنين . والأخرى : عشر سنين .

ومنهـا : لو تنازع شخصان صبيا مميزا فى يديهما ، فقال : إنى حر ، ولم تقم بينة برقه . فالمذهب الصحيح : أن القول قوله .

ومنهـا : أمانة الكافر . هل تصح أم لا ؟ فى المسألة روايات .

ومنهـا : حيث حكمنا بإسلام الطفل بإسلام أحد أبويه أو تسببه منفرداً عنهما ، أو موتهما ـ أو أحدهما ـ فى دار الإسلام على رواية . فهل المميز كالبالغ لا يحكم بإسلامه حتى يسلم بنفسه ، أو هو كالطفل ؟ المنصوص عن أحمد : هو كالطفل . ولنا قول : هو كالبالغ .

ومنهـا : شهادته . وأصح الروايات عنه : أنهـا لا تقبل . وروى

عنه تقبل . وقال فى رواية ابن هانىء : تقبل شهادة ابن عشر . وروى عنه : تقبل فى الجراح والقتل خاصة إذا أدوها . وأشهدوا على شهادتهم قبل تفرقهم . ولا يؤثر رجوعهم بعد ذلك . ذكره القاضى فى الجامع .

ولنا قول : تقبل شهادته على مثله . وسأل عبد الله أباه عن شهادة الصبيان ؟ فقال : على ـ رضى الله عنه ـ أجاز شهادة بعضهم على بعض .

تنبيه : ذكر القاضى : أن الخلاف عند الأصحاب فى الشهادة على الجراح الموجبة للقصاص . فأما الشهادة بالمال : فلا تقبل . قال أبو العباس : هذا عجب من القاضى . فإن الصبيان لا قود بينهم . و إنما الشهادة بما يوجب المال .

ومنهـــا : إقراره . والمنصوص عن أحمد : أنه يصح إقراره فى قدر ما أذن له فيه دون مازاد . ومنع فى الانتصار عدم صحة إقراره . ثم سلمه لعدم مصلحته فيه . وأطلق فى الروضة صحة إقرار المميز . قال ابن عقيل : فى إقراره روايتان . أصحهما : يصح . نص عليه ، إذا أقر فى قدر إذنه . وحمل القاضى إطلاق مانقله الأثرم « أنه لايصح حتى يبلغ » على غير المأذون . قال الأزجى : ولا يمتنع أن يكون فى المسألة روايتان : الصحة ، وعدمها .

وحكى لنا قول : أنه يصح إقراره فى الشىء اليسير دون الكثير . وذكر الآدمى البغدادى : أن السفيه والمميز إن أقرا بحد ، أو قود ، أو نسب ، أو طلاق : لزم . و إن أقرا بمال : أخذ بعد الحجر . وهذا غلط . و إنما هذا الحكم فى السفيه ، لا فى الصبى . والله أعلم .

القاعدة ٣ ـ لا تكليف على الناسى حال نسيانه . واختاره الجوينى ، وأبو محمد المقدسى . ومن الناس من قال : هو مكلف .

قلت : يحمل قول من قال « ليس بمكلف حال نسيانه » على أنه لا إثم عليه فى تلك الحال فى فعل أو ترك ، وأن الخطاب لم يتوجه إليه . وما ثبت له من

الأحكام المعلقة به فبدليل خارج . ويحتمل قول من قال « هو مكلف » على أن الخطاب توجه إليه وتناوله ، وتأخر الفعل إلى حال ذكره ، وامتنع تأثيمه لعدم ترك قصده لهذا .

ولنا خلاف فى المعذور إذا قضى مافاته : هل هو بأمر جديد ، أم بالأمر السابق ؟ وينبنى على ذلك : هل يكون أداء أو قضاء ؟ إن قلنا : بأمر جديد ، فيكون أداء . وإن قلنا : بالأمر الأول ، فيكون قضاء .

إذا تقرر هذا ، فههنا مسائل تتعلق بالناسى .

منهـــا : إذا نسى الماء وتيمم . فإنه يلزمه الإعادة إذا بان له الخطأ على أصح الروايتين . كما لو نسى الرقبة وكفر بالصوم . وخرج فيها بعض المتأخرين رواية من مسألة الماء .

ومنهـــا : إذا جامع زوجته الحائض ناسياً الحيض ، وقلنا : يلزم الذاكر كفارة . فهل تلزم الناسى ؟ فى المسألة روايتان . وقيل : وجهان .

ومنهـــا : إذا قلنا : لمس الذكر — على المذهب ينقض الوضوء إذا كان عامداً . فهل ينقض وضوء الناسى ؟ فى المسألة روايتان .

ومنهـــا : إذا أوجبنا الترتيب والموالاة فى الوضوء . كما هو الصحيح ، فهل يسقط بالنسيان ؟ المذهب : لا يسقط . وقيل : يسقط الترتيب فقط .

ومنهـــا : إذا نسى الصلاة . فإنه يلزمه قضاؤها ، لا نعلم فيه خلافاً .

ومنهـــا : لو نسى الركوع ، والسجود ، والطهارة . فإنها لا تجزئه الصلاة . ذكره القاضى محل وفاق . ولو نسى السترة لم تجزئه الصلاة . ذكره أبو البركات فى موضع محل وفاق .

ومنهـــا : لو نسى وصلى فى ثوب حرير أو مغصوب ، ثم علم : صحت صلاته . ذكره القاضى وصاحب المحرر إجماعاً ، لزوال علة الفساد . وهى اللبس المحرم . وحكى عن أحمد رواية : لا تصح .

ومنهـــــا : إذا صلى وعليه نجاسة علمها قبل الصلاه ، ثم نسيها وصلى ، وفرغت الصلاة ، فهل يلزمه إعادة أم لا ؟ فى المسألة روايتان . ذكرهما طائفة من الأصحاب . وذكر القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، والآمدى ، أن الناسى تلزمه الإعادة ، رواية واحدة لتفريطه . و إنما الروايات فى الجاهل . فأما الناسى : فليس عنه نص . فلذلك اختلفت الطريقتان .

ومنهـــــا : إذا تكلم فى الصلاة ناسياً . حكى ابن تميم : ثلاث روايات . ثالثتها : لا تبطل إن كان لمصلحة . وقال : نص عليه فى رواية جماعة .

والكلام غير المبطل : ما كان يسيراً ، فإن كثر فوجهان . حكاهما ابن تميم ، وحكى غيره روايتين . وعدم الإبطال : اختيار القاضى وغيره .

ومنهـــــا : إذا نسى وأكل ، أو شرب فى الصلاة ، وكان يسيراً ، فهل تبطل صلاته أم لا ؟ فى المسألة روايتان . ظاهر المذهب : أنها لاتبطل . وجزم به غير واحد ، و إن كان كثيراً . جزم غير واحد بالبطلان كالشيخ أبى محمد ، وابن تميم ، وغيرهما . وظاهر كلام صاحب المستوعب ، والتلخيص : أنها لاتبطل . و إذا قلنا : بالبطلان ، فلا فرق بين الفرض والنفل . على الصحيح .

ومنهـــــا : لو أكل أو شرب المكلف بالصوم فى نهار رمضان ناسياً ، فالمذهب المنصوص عن أحمد : لايفطر . نقله الجماعة عنه . وقال فى الرعاية : لاقضاء فى الأصح .

ولايفطر بالاحتجام ناسياً . على الصحيح من المذهب . ونقله الفضل بن زياد عن أحمد .

وعنه يفطر . اختاره فى التذكرة . لظاهر الخبر ، ولتذكره النسيان فيهما .

ولا يفطر بالإستقاء ناسياً . على الصحيح من القولين . واختار ابن عقيل : الفطر .

و يفطر و يكفر بالجماع ناسياً . نقله الجماعة عن الإمام أحمد ، واختاره الأصحاب .

وعنه : لا يكفر . واختاره أبو عبد الله بن بطة . وعنه لا يقضى . اختاره الآجرى ، وأبو محمد الجوزى ، وأبو العباس .

ومنهـــا : العمل المستكثر من غير جنس الصلاة إذا فعله ناسيا : هل تبطل صلاته أم لا ؟ فى المسألة طريقان . أحدهما : القطع بالإبطال . والثانى : فى المسألة روايتان . واختار صاحب المحرر عدم الإبطال . وهل الكثير فى العرف ، أو الثلاث ، أو ما ظُن أن فاعله ليس فى صلاة ؟ فيه أوجه .

ومنهـــا : إذا جامع الحاج ناسيا قبل التحلل الأول : فسد نسكه . هذا المذهب عند الأصحاب . ونقله الجماعة عن الإمام أحمد . وفى الفصول رواية : لا يفدى . اختارها أبو العباس .

ومنهـــا : إذا أوجبنا الدم على من قدم الحلق على الرمى فى رواية . فإذا فعل ذلك ناسياً ، فلا شىء عليه .

ومنهـــا : إذا قلنا : إن السعى ركن فى الحج . فإنه يجب عليه أن يفعله بعد طواف الزيارة ، إن كان متمتعا أو مفرداً أو قارنا . ولم يكن سعى مع طواف القدوم . فإن فعله قبله عالما لم يعتد به . وأعاد ، رواية واحدة . وإن كان ناسيا ، فهل يجزئه ؟ فيه روايتان منصوصتان . ذكرهما فى المستوعب وغيره . وصحح فى التلخيص عدم الإجزاء . وإن كان سعى عقيب طواف القدوم وقع ركنا عن الحج .

ومنهـــا : لو حلق المحرم رأسه ، أو قَلَّم أظفاره ، أو قتل صيداً ناسيا : وجبت عليه الكفارة ، فى ظاهر المذهب . واختار أبو محمد الجوزى : لا كفارة فى الجميع . وحكى رواية عن أحمد .

وإن لبس أو تطيب ، أو غطى رأسه ناسيا : فلا كفارة عليه . هذا المذهب الذى نقله الجماعة عن أحمد . وذكره الشيخ أبو محمد وغيره ظاهر المذهب . واختاره الخرقى وغيره .

وعن أحمد رواية تجب الكفارة . نصرها القاضى وأصحابه . وفرقوا بين الحلق والتقليم وقتل الصيد ، و بين اللبس والطيب وتغطية الرأس بإمكان التلافى فى الثانى دون الأول .

وهذا فيه نظر . إذ ما صنعه من المحظور لا يمكن رفعه فى الصورتين . و إزالة اللبس والطيب والتغطية إزالة لما هو فى حكم الابتداء . والله أعلم .

ومنهـــا : إذا أوجبنا الترتيب فى قضاء الفوائت . على الصحيح من الروايتين . فإنه يسقط بالنسيان . على الصحيح من الروايتين . وقال بعضهم : رواية واحدة .

ومنهـــا : إذا أوجبنا التسمية فى الوضوء ، والحدث الأكبر، والذبيحة . على إحدى الروايتين . فهل تسقط بالنسيان ؟ فى المسألة روايتان .

ومنهـــا : إذا أصاب المظاهر المظاهَرَ منها ناسياً . فهل ينقطع تتابع صيامه ؟ فى المسألة روايتان .

ومنهـــا : واجبات الصلاة إذا تركها ناسياً . لم تبطل صلاته .

ومنهـــا : إذا حلف لايفعل شيئاً ، ففعله ناسياً . فهل يحنث أم لا ؟ فى المسألة ثلاث روايات عن الإمام أحمد . ثالثها : يحنث فى الطلاق والعتاق ، دون غيرهما . وهى المذهب عند الأصحاب . واختار أبو العباس وغيره : عدم الحنث مطلقاً . وقال : رواتها بقدر رواة التفرقة . وقال الأصحاب عليها : يمينه باقية بحالها .

ومنهـــا : إذا خرج المعتكف من المسجد ناسياً . لم يبطل اعتكافه . كالصوم . ذكره القاضى فى المجرد . وذكره فى الخلاف . وقال ابن عقيل فى الفصول : يبطل ، لمنافاته الاعتكاف كالجماع . واختاره أبو البركات . وذكر صاحب المحرر أحد الوجهين لاينقطع و يبنى . كمريض وحائض . وجزم صاحب المحرر لاينقطع تتابع المكره . وأطلق بعضهم وجهين .

ومنهـــا : لو وطىء المعتكف ناسياً . فسد اعتكافه . نص عليه أحمد . وخرج صاحب المحرر من الصوم : أنه لايبطل .

ومنهـــا : حيث قلنا « مباشرة المعتكف تفسد الاعتكاف إذا كان عامداً » فإذا كان ناسياً : فهل هي كذلك أم لا ؟ قال صاحب المحرر : ومباشرة الناسي كالعامد . على إطلاق أصحابنا . واختار هنا لاتفسده ، كالصوم . والله أعلم.

القـــاعدة ٤ : فى المغمى عليه . هل هو مكاف أم لا ؟ قال الإمام أحمد ـ وقد سئل عن المجنون يفيق ، يقضى مافاته من الصوم ؟ ـ فقال : المجنون غير المغمى عليه . فقيل له : لأن المجنون رفع عنه القلم ؟ قال : نعم . قال القاضى : فأسقط القضاء عن المجنون . وجعل العلة فيه : رفع القلم . فاقتضى : أنه غير مرفوع عن المغمى عليه . وهذا أشبه بأصلنا ، حيث أوجبنا الصوم على الحائض ، مع استحالة الفعل منها ، بمعنى ثبوت الوجوب فى الذمة . انتهى .

قلت : المغمى عليه يتردد بين النائم والمجنون . فبالنظر إلى كون عقله لم يزل ، بل ستره الإغماء . فهو كالنائم . ولهذا قيل : إنه إذا شُم البنج أفاق . و بالنظر إلى كونه إذا نُبه لم ينتبه ، يشبه المجنون . وكذلك اختلفوا فى الأحكام المتعلقة به . فتارة يلحقونه بالنائم . وتارة بالمجنون . والأظهر : إلحاقه بالنائم . والله أعلم .

إذا تقرر هذا . فهنا مسائل تتعلق به .

منهـــا : قضاء الصلاة . والمنصوص عن الإمام أحمد ـ فى رواية صالح ، وابن منصور ، وأبى طالب ، و بكر بن محمد ـ : لزوم القضاء ، إلحاقاً له بالنائم . ولنا قول : لاقضاء عليه ، إلحاقاً له بالمجنون .

ومنهـــا : إذا نوى الصوم ليلا ، ثم أغمى عليه جميع النهار : لم يصح صومه . وفى المستوعب : خرج بعض أصحابنا من رواية صحة صوم رمضان بنية واحدة ، فى أنه لايقضى من أغمى عليه أياماً بعد نيته المذكورة . و إذا لم يصح الصوم لزمه قضاؤه فى أصح القولين .

وهذا مشكل . فإنه إن ألحق بالنائم : فإنه يصح صومه ، ولا يلزمه قضاء . و إن ألحق بالمجنون : فإنه لايلزمه قضاء .

ومنهـــــا : لو باع شيئاً أو اشتراه فأغمى عليه فى المجلس . قال أبو محمد المقدسى : قام أبوه ، أو وصيه ، أو الحاكم مقامه . وجعله كالمجنون .

وقال فى الرهن : لو أغمى على الراهن قبل التسليم ، لم يكن للمرتهن قبض الرهن . وليس لأحد تقبيضه . لأنه لا ولاية عليه . وهذا تناقض . وكذلك قال الأصحاب فى الفرق بينه و بين المجنون فى قضاء الصلاة . لأن المجنون تثبت عليه الولاية . والمغمى عليه : لاتثبت عليه الولاية .

وجزم من وقفتُ على كلامه من الأصحاب : بأن الوكالة لاتبطل بالإغماء . وحكى مع حكاية بعضهم الخلاف فى الجنون . وأن المذهب : أن الوكالة تبطل بالجنون .

وحكى بعض المتأخرين قولا فى كتاب القضاء : أنه إذا أفاق المجنون ــ أو من أغمى عليه ــ وقلنا : ينعزل بالإغماء ، فولايته باقية . فهذا يقتضى حكاية خلاف فى انعزاله عن ولاية القضاء . فالوكالة كذلك .

ومنهـــــا : إذا حصل بعرفة مغمى عليه . هل يجزيه عن الوقوف ؟ المذهب : أنه لايجزيه ، إلحاقاً له بالمجنون . وعزى إلى نص أحمد . ونقل بعضهم أن أحمد توقف فى هذه المسألة . وقال : الحسن يقول بطل حجه . وعطاء رخص فيه . وحكى لنا قول بالإجزاء . كالنائم على الصحيح .

ومنهـــــا : إذا أوجب العقد فى النكاح . ثم أغمى عليه قبل أن يقبل الزواج ، أو وجد ذلك فى عقد البيع ، أو فى الشركة . فهل يبطل حكم الإيجاب كالجنون ؟ قال القاضى فى الجامع : قياس المذهب : أنه لايبطل . لأن أحمد أوجب عليه قضاء الصلاة ، كالنائم . ولم يجعله كالمجنون فى إسقاط القضاء . وجزم فى الكافى بأنه يبطل حكم الإيجاب بالجنون والإغماء فى النكاح . وقاسه على البيع .

ومنهـــا : أن الإغماء لايبطل به الإحرام بالحج . هذا المعروف فى المذهب . وفى الجنون وجهان . وأطلق ابن عقيل فى بطلانه بجنون أو إغماء وجهين

القاعدة ٥ ـ فى السكران ، هل هو مكلف أم لا ؟ قال الجوينى ، وابن عقيل ، والمعتزلة ، وأكثر المتكلمين : هو غير مكلف . وكذا قال أبو محمد المقدسى فى الروضة . واختلف كلامه فى المغنى . قال بعض أصحابنا : و ينبغى أن يخرج فى لحوق المأثم له روايتان . وقال ابن برهان : مذهب الفقهاء قاطبة : أنه مخاطب .

قلت : قاله القاضى وغيره من أصحابنا . ولأحمد نصوص فى تكليفه .

منهـــا ـ فى رواية عبد الله ـ السكران ليس بمرفوع عنه القلم .

ومنهـــا ـ فى رواية أبى بكر بن هانىء : ـ السكران ليس بمرفوع عنه القلم . فلا يسقط عنه ماصنع .

ومنهـــا ـ فى رواية حنبل ـ : ليس هو ـ يعنى : السكران ـ بمنزلة المجنون المرفوع عنه القلم . هذا جناية من نفسه .

وحكى الإمام أحمد عن الشافعى ، أنه كان يقول : وجدت السكران ليس بمرفوع عنه القلم .

قلت : ونص الشافعى فى الأم على ذلك أيضاً فى باب طلاق السكران . فقال مانصه بحروفه : فإن قال قائل ، فهذا ـ يعنى السكران ـ مغلوب على عقله ، والمريض والمجنون مغلوب على عقله ؟ قيل : المريض مأجور ، ومكفر عنه بالمرض . مرفوع عنه القلم إذا ذهب عقله . وهذا آثم مضروب على السكر ، غير مرفوع عنه القلم . فكيف يقاس من عليه العقاب بمن له الثواب ؟ .

ونص الشافعى هذا صريح فى رد ماقاله الشيخ عز الدين بن عبد السلام فى قواعده : أنه لاثواب على حصول المصائب والآلام . و إنما الثواب على الصبر عليها والرضى بها . فإن الشافعى حكم بأجره مع زوال عقله .

إذا تقر هذا . فحكى صاحب المحرر فى أفعاله وأقواله خمس روايات .

إحداها : أنه كالمجنون . والثانية : كالصاحى . والثالثة : كالمجنون فى أقواله وكالصاحى فى أفعاله . والرابعة : فى الحدود كالصاحى ، وفى غيرها كالمجنون . والخامسة : أنه فيما يستقل به ـ مثل قتله وعتقه وغيرهما ـ كالصاحى . وفيما لايستقل به ـ مثل بيعه ونكاحه ومعاوضاته ـ كالمجنون . حكاها ابن حامد .

واختار طائفة من أصحابنا : أنه لايقع طلاقه . منهم أبو بكر ، وابن عقيل ، وأبو محمد ، وأبو العباس .

ونقل الميمونى عن أحمد : كنت أقول يقع حتى تبينته . فغلب علىَّ أنه لايقع .

ونقل أبو طالب : الذى لايأمر بالطلاق إنما أتى خصلة واحدة ، والذى أمر به أتى بثنتين ، حرمها عليه وأحلها لغيره .

قال أبو العباس : زعم طائفة من أصحاب مالك والشافعى وأحمد : أن النزاع فى وقوع طلاقه إنما هو فى النشوان . فأما الذى تمَّ سكره ، بحيث لايفهم مايقول ، فإنه لايقع به . قولا واحداً . قال : والأئمة الكبار جعلوا النزاع فى الجميع .

تنبيه : حد السكر الذى يمنع ترتب هذه الأحكام على رواية . قال القاضى وغيره : هو إذا كان يخلط فى كلامه وقراءته ، أو يسقط تمييزه بين الأعيان . ولا يشترط فيه أن يكون بحيث لايميز بين السماء والأرض ، و بين الذكر والأنثى . وقد أومأ أحمد إلى هذا فى رواية حنبل . فقال : السكران الذى إذا وضعت ثيابه فى ثياب غيره لم يعرفها . أو إذا وضع نعله فى نعالهم لم يعرفه . و إذا هذى فأكثر كلامه ، وكان معروفاً بغير ذلك .

وضبطه بعضهم بأنه الذى يختل فى كلامه المنظوم ، و يبيح بسره المكتوم .

وقال جماعة : ولاتصح عبادته . قال أحمد : ولاتقبل صلاته أربعين يوما حتى يتوب . للخبر . وقال أبو العباس : هذا الكلام فى السكران .

قال فى المحرر : فأما من تناول البنج ، فألحقه بعض أصحابنا بالسكران . وفرق

الإمام أحمد بينهما بالمجنون . وقال القاضى فى الجامع الكبير : إن زال عقله بالبنج نظرت . فإن تداوى به فهو معذور ، ويكون الحكم فيه كالمجنون . وإن تناوله متلاعباً ، أو قصد ليزيل عقله و يصير مجنوناً ، فحكمه حكم السكران . وكذا قال ابن عقيل فى الواضح . وهو ظاهر كلام جماعة . لأنهم قالوا : ومن تناول مايزيل عقله لغير حاجة ، حكمه كالسكران . والتدواى حاجته .

ومحل الخلاف فى السكران ، عند جمهور أصحابنا : إذا كان آثماً فى سكره . فأما إن أكره على السكر : فحكمه حكم المجنون . وقال القاضى فى الجامع الكبير ، فى كتاب الطلاق : فأما إن أكره على شربها : احتمل أن يكون حكمه حكم المختار ، لما فيه من اللذة . واحتمل أن لا يكون حكمه حكم المختار ، لسقوط المأثم عنه والحد . قال : وإنما يخرج هذا على الرواية التى تقول : إن الإكراه يؤثر فى شربها . فأما إن قلنا : لايؤثر الإكراه . فحكمه حكم المختار .

القاعدة ٦ ـ المكره المحمول : كالآلة ، غير مكلف ، وهو تكليف بما لايطاق . ولو أكره و باشر بنفسه : فمكلف عندنا وعند الشافعية . لصحة الفعل منه وتركه . ولهذا يأثم المكره على الفعل بلا خلاف . قاله صاحب المغنى وغيره .

وقالت المعتزلة : لايجوز تكليفه بعبادة . لأن من أصلهم : وجوب إثابة المكلف . والمحمول على الشىء لايثاب . وأطلق جماعة عن المعتزلة : أن المكره غير مكلف . وألزمهم القاضى أبو بكر على القتل .

قال أبو المعالى : وهى هفوة عظيمة ، لأنهم لم يمنعوا النهى عن الشىء مع الإكراه . وإنما الذى منعوه : الاضطرار إلى فعل شىء للأمر به .

وهذه القاعدة مختلفة الحكم فى الفروع فى المذهب بالنسبة إلى الأقوال والأفعال على مالا يخفى . وضابط المذهب : أن الإكراه لايبيح الأقوال . وإن اختلف فى بعض الأفعال . واختلف الترجيح . إذا تقرر هذا . فهنا مسائل .

منها : إذا أكره على الوضوء . فإنه لايصح عل الصحيح . كذا

ذكر بعض المتأخرين . وحكى قول بالصحة . ومحل النزاع مشكل على ماذكره . فإنه إذا أكره على الضوء ونوى وتوضأ بنفسه ، فإنه يصح بلا تردد . وكذلك قال الشيخ أبو محمد وغيره : إذا أكره على العبادة وفعلها ـ لداعى الشرع لا لداعى الإكراه ـ صحت . وإن توضأ ولم ينو ، فإنه لايصح إلا على وجه شاذ : أنه لايعتبر لطهارة الحدث نية .

وقد يقال : لايصح ولو نوى . لأن الفعل ينسب إلى الغير . فبقيت النية مجردة عن فعل . فلا يصح . وقد ذكروا : أن الصحيح من الروايتين فى الأيمان : أن المكره بالتهديد إذا فعل المحلوف على تركه لايحنث . لأن الفعل ينسب إلى الغير .

ومنها : إذا أوجبنا الكفارة فى وطء الحائض على المختار ، فهل تجب على المكره ؟ فى المسألة روايتان .

ومنها : لو أكره على الكلام فى الصلاة . فألحقه بعض أصحابنا بالناسى . فيكون فيه الروايات التى فى الناسى . وقال القاضى : بل هو أولى بالعفو من الناسى . لأن الفعل لاينسب إليه ، بدليل الإتلاف . واختار الشيخ أبو محمد : الإبطال بكلامه ، بخلاف الناسى . قال : كما لو أكره على زيادة ركعة أو ركن .

ومراد الشيخ ـ والله أعلم ـ بالركن : الركن الفعلى لا القولى .

ومنها : لو أكره على الحدث فى الصلاة . فإنه تفسد صلاته . أجاب به القاضى فى الخلاف . وذكر معه الإفساد بالإكراه على الكلام فى هذا الموضع . وهو مخالف لقوله الأول . وقاس الأصحاب الرواية فيمن عدم الماء والتراب يعيد ، كما لو أكره على الحدث فى الصلاة .

وأجاب بعضهم : بأن هذا لايعذر فيه . بدليل من سبقه الحدث . فإذا كان كمن سبقه الحدث فيخرج لنا فيما إذا أكره على الحدث فأحدث : الخلاف فيمن سبقه الحدث إذا تطهر ، هل يبنى أو يستأنف ؟ ولا يجىء لنا قول : إنه لاينقض وضوءه إذا أكره على الحدث ، يشعر به كلام بعض المتأخرين . وإن كان الفعل

منسوباً إلى الغير . ولأن من سبقه الحدث ليس الفعل منسوباً إليه . وينقض وضوءه جزما ، ولكن الخلاف فى البناء والاستئناف .

ومنهـا : إذا امتنع من أداء الزكاة الواجبة عليه أخذها الإمام منه قهراً . وقامت نية الإمام مقام نيته . هكذا ذكر غير واحد من الأصحاب . وقال أبو الخطاب ، وابن عقيل : إنما تجزىء ظاهراً ، ولا تجزىء باطنا ، كالمصلى كرها .

قلت : وهذا أصوب . وصححه صاحب المستوعب . والله أعلم .

ودل قياسهم عدم الإجزاء على أن الصلاة أصل . وهو أنه إذا صلى ولم ينو لاتصح بلا خلاف . وإن نوى صحت . ويتجه لنا خلاف فى عدم الصحة إذا نوى ، بناء على ماذكرناه فى مسألة الوضوء . وفرق الأولون بين الصلاة والزكاة بأن الزكاة تدخلها النيابة . فقامت نية الإمام مقام نية الممتنع ، كولى اليتيم والمجنون . والصلاة لاتدخلها النيابة . فلا بد من نية فاعلها . وفى هذا الفرق بحث .

ومنهـا : إذا أكره الصائم على الأكل والشرب وغيرهما من المفطرات ، خلاف الجماع . فإنه لايفطر ، سواء أكره على الفطر حتى فعله ، أو فُعل به . بأن صب فى حلقه الماء مكرها .

وفى الرعاية : لاقضاء فى الأصح . وقيل : يفطر إن فعل بنفسه ، كالمريض .

ومنهـا : إذا أكره المعتكف على الخروج من المسجد . فإنه لايبطل اعتكافه ، ولو خرج بنفسه . وجزم صاحب المحرر : لاينقطع تتابع المكره . وأطلق بعضهم فيه وفى الناسى وجهين .

ومنهـا : إذا أكره على الجماع فجامع . فإنه يجب عليه القضاء والكفارة . هذا ظاهر المذهب . ونقل ابن القاسم : كل أمر غلب عليه الصائم فليس عليه قضاء ولا كفارة . قال الأصحاب : وهذا يدل على إسقاط القضاء والكفارة مع الإكراه . قال ابن عقيل فى مفرداته : الصحيح فى الأكل والوطء ، إذا غُلب عليهما : لايفسدان . فإنه أخرج فى الوطء رواية من الأكل . وفى الأكل

رواية من الوطء انتهى . وقيل : يقضى من فعل ، لامن فُعل به من نائم وغيره .

ومنهـــا : إذا أكره الحاج على الوطء قبل التحلل الأول : فإنه يفسد حجه . هذا هو المنصوص عن أحمد الذى نقله الجماعة . وحكى عن أحمد رواية : لايفسد . واختارها أبو العباس .

وأما المكرهة على الوطء فى الحج والصيام ، إذا أفسدنا حجها وصيامها ، فهل تجب عليها الكفارة فى مالها ، أولايجب عليها شىء ، أو يجب على الزوج أن يتحملها عنها ؟ على ثلاث روايات . وتأول فى منتهى الغاية : الرواية الأولى على أنها ترجع بها على الزوج .

والفرق بين الجماع وغيره : أن الجماع ينزل منزلة الإتلاف . ولهذا يستوى عمده وسهوه ، بخلاف غيره . وفيه بحث .

وقال فى الروضة : المكرهة على الوطء يفسد صومها . ولا يلزمها كفارة . ولا يفسد حجها . وعليها بدنة . وما قاله فرق بين متماثلين . والله أعلم .

ومنهـــا : لو أكره المحرم على حلق رأسه . فإن الفدية تجب على الحالق فى أشهر الوجهين . قاله أبو بكر . والثانى : تجب على المحلوق ، يرجع بها على الحالق . ذكره ابن أبى موسى فى الإرشاد وجهاً . وعلل بعضهم هذا الوجه بأن حلق الشعر كالإتلاف . ولهذا يستوى عمده وسهوه . وفيه بحث . فإن حلق الشعر ليس كالإتلاف ، بل هو إتلاف حقيقة . والمحلوق رأسه لم يتلف ، و إنما أتلفه الحالق .

ولو أكره على الحلق والتقليم و باشر بنفسه : وجبت عليه الفدية . وعزى إلى نص أحمد . واختار أبو محمد الجوزى : لا كفارة على مكره . وحكى رواية عن أحمد .

ومنهـــا : إذا أكره على البيع بغير حق . فإنه لايصح البيع جزماً .

و إن أكره على وزن مال بغير حق ، فباع ماله فى ذلك : فإنه يصح على الصحيح من الروايتين .

ومنهـــا : جميع عقود المكره و إقراره ، فإنها لا تصح .

ومنهـــا : إذا ثبت خيار المجلس فى صورة ، فأكره أحد المتعاقدين على مفارقة صاحبه ، أبدى الشيخ أبو محمد وغيره : احتمالاً ببطلان الخيار . لأنه لايعتبر رضاه فى مفارقة صاحبه له . فكذلك فى مفارقته لصاحبه . ومحل هذا الاحتمال عند صاحب التلخيص : إذا كان المكره قادراً على الكلام . وقال القاضى ، وصاحب المستوعب ، والتلخيص وغيرهما : لا يبطل .

فعلى قول من لايرى انقطاع الخيار ، وإن أكره أحدهما على فرقة صاحبه : انقطع خيار صاحبه ، كما لو هرب منه . و يبقى الخيار للمكره منهما فى المجلس الذى يزول عنه الإكراه فيه حتى يفارقه . و إن أكرها جميعاً انقطع خيارهما . لأن كل واحد منهما ينقطع خياره بفرقة الآخر له . فأشبه مالو أكره صاحبه دونه .

وذكر ابن عقيل من صور الإكراه : مالو رأيا سبعاً أو ظالماً خشياه ، فهربا فزعاً منه ، أو حملهما سيل ، أو فرقت بينهما ريح .

ومنهـــا : لو أكره على إتلاف مال الغير فأتلف . ففى الضمان وجهان . أحدهما : أنه على المكرِه ـ بكسر الراء ـ وحده ، لكن للمستحق مطالبة المتلف . و يرجع به على المكره . لأنه معذور فى ذلك الفعل . فلم يلزمه الضمان . بخلاف المكره على القتل . فإنه غير معذور . فلهذا شاركه فى الضمان .

وهذا التعليل يقتضى : أن الإكراه يبيح إتلاف مال الغير . و بهذا جزم القاضى فى كتاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وابن عقيل فى عمد الأدلة .

والثانى : عليهما الضمان كالدية . صرح به فى التلخيص . وذكره القاضى فى بعض تعاليقه احتمالا . وعلل باشتراكهما فى الإثم . وهذا تصريح بأن الإكراه لا يبيح إتلاف مال الغير .

وحكى احتمالا آخر : أن الضمان على المتلف وحده ، كما لو اضطر إلى طعام الغير فأكله . ولا يصح ما ذكره من القياس على المضطر . لأن المضطر لم يلجئه إلى الإتلاف من مال الضمان عليه . ذكر هذا الفرق شيخنا .

ومنهــا : لو أكره على تسليم الوديعة إلى غير المالك . فقال القاضي : لا ضمان عليه . لأنه ليس بإتلاف . ذكره القاضي في بعض تعاليقه . وذكره في المجرد ، مفرقاً بينه وبين الإكراه على القتل ، بأن القتل لا يعذر فيه بالإكراه ، بخلاف هذا .

قال شيخنا : وهذا التعليل يشمل الإتلاف أيضاً . انتهى .

وقد يقال : هو معذور في التسليم دون المباشرة . لأنها أغلظ . ولهذا فرق ابن عقيل والقاضي بين الإكراه على القتل والإكراه على الإتلاف ، كما تقدم . لأن القتل أغلظ .

وقد يقال : إنه لا يضمن إذا أكره على التسليم ، ويضمن إذا أكره على الإتلاف ، بأن هذا إكراه على سبب . وذاك إكراه على مباشرة .

يؤيده : نص الإمام أحمد في رواية ابن ثواب على أن حافر البئر عدواناً إذا أكرهه السلطان على الحفر : لم يضمن . وتابع ابن عقيل في الفصول ، وصاحب المغني ، والقاضي في المجرد . وفي شرح الهداية لأبي البركات : أنه لا يضمن ، كما لو حلف لا يدخل الدار ، فدخلها مكرهاً .

قلت : هذا القياس إنما يأتي على إحدى الروايتين في عدم الحنث . فلا يصح . وفي الفتاوى الرحبيات عن أبي الخطاب ، وابن عقيل : الضمان مطلقاً . لأنه افتدى بها ضرره .

قلت : وهذا التعليل يطرد في كل ما أكره عليه ، وأجاب إليه : أنه يترتب عليه مقتضاه . لأنه افتدى به ضرره . والله أعلم .

وفي الفتاوى الرحبيات أيضاً ، عن ابن الزاغوني : أنه إن أكره على التسليم

بالتهديد والوعيد : فعليه الضمان والإثم . و إن ناله العذاب : فلا إثم ولا ضمان .

ومنهــــا : المحرم إذا أكره على قتل الصيد فقتله . فالضمان على المكرِه له . ذكره صاحب المغنى فى الأيمان فى موضعين . وجزم به ابن الجوزى

قلت : ولكن نصر القاضى وأصحابه رواية عن أحمد : أن من لبس مكرهاً أنه تجب به عليه الفدية . قالوا : كالحلق ، وقتل الصيد . فهذا يقتضى أن الضمان على المكرَه دون المكره له .

ومنهــــا : إذا أكره من بيده الطلاق على الطلاق بغير حق ، فنطق به بقصد دفع الإكراه عن نفسه :لم يقع الطلاق . وكذلك نص عليه الإمام أحمد رضى الله عنه فى العتاق ، رواية الجماعة . منهم صالح ، وعبد الله ، وحنبل ، وابن منصور ، والحسن بن ثواب ، و إبراهيم بن هانىء ، وحرب ، والأثرم ، وأبو طالب ، وأبو عبد الله النيسابورى ، وأبو الحارث ، وعلى بن سعيد ، والفضل بن زياد ، والمروذى .

ولو قصد إيقاع الطلاق دون دفع الإكراه : أبدى القاضى فى الجامع الكبير احتمالين . وصحح الوقوع . وتبعه على التصحيح جماعة من المتأخرين . لأنا إنما قلنا : طلاق المكره لا يقع لعدم رضاه . فإذا رضى وقع .

ووجه عدم الوقوع : أن لفظه ملغى . وتبقى النية مجردة عن لفظ معتبر . والنية بمجردها لا يقع بها طلاق .

و إن ترك التأويل بلا عذر ، أو أكره على طلاق مبهم ، فطلق معينة : فوجهان .

ولو أكره على طلقة فطلق ثلاثاً ، أو على طلاق امرأة فطلقها وغيرها : لزمه الطلاق .

ومنهــــا : لو أكره مكلفاً على قتل إنسان يكافئه ــ وقال طائفة : معين ــ فقتل . فالقود عليهما . هذا هو المذهب المشهور . وذكر القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى باب الرهن : أن أبا بكر ذكر أن القود على المكرَه المباشر ، ولم

يذكر على المكره قوداً . قالا : والمذهب وجوبه عليهما ، كما نص أحمد فى الشهود الراجعين إذا اعترفوا بالعمد .

وقد بين القاضى فى خلافه كلام أبى بكر ، وأنه قال فى الأسير : إذا أكره على قتل مسلم فقتله ، فعليه القود . فإن أخذ قول أبى بكر من هذا ، فإنه لا يصح . لأن المكره هٰهنا ليس من أهل الضمان . لأنه حربى . فلذلك لم يذكر تضمينه .

وذكر ابن الصيرفى أن أبا بكر السمرقندى ـ من أصحابنا ـ خرج وجهاً : أنه لاقود على واحد منهما من رواية امتناع قتل الجماعة بالواحد وأولى . لأن السبب هنا غير صالح فى كل واحد . لأن أحدهما متسبب ، والآخر مُلْجَأ . وفى صورة الاشتراك : هٰهنا مباشران مختاران .

قال أبو الخطاب فى الانتصار : لو أكره على القتل بأخذ المال : فالقود . وإن أكره بقتل النفس : فلا قود .

وإن قال : اقتل نفسك وإلا قتلتك : فليس بإكراه . واختار فى الرعاية وحده : أنه يكون إكراهاً ، كاحتمال فى : أقتل زيداً أو عمراً وإلا قتلتك .

ومنهـــا : لو حلف لا تأخذ حقك منى . فأكره على دفعه إليه ، أو أخذه منه قهراً : حنث . جزم به أبو محمد المقدسى وغيره . لأن المحلوف عليه فعل الأخذ مختاراً . وإن أكره صاحب الحق على أخذه : خرج على الخلاف إذا حلف لا يفعل شيئاً ففعله مكرهاً . خرجه الأصحاب على ذلك . والله أعلم .

ومنهـــا : لو أكره على السرقة ، أو تناول المسكر ، ففعل . فهل يجب عليه الحد أم لا ؟ فى المسألة روايتان . ذكرهما القاضى أبو يعلى .

قال أبو العباس : يرخص أكثر العلماء فيما يكره عليه من المحرمات لحق الله تعالى ، كأكل الميتة وشرب الخمر . وهو ظاهر مذهب أحمد . انتهى .

واختـــار أبو بكر فى التنبيه : أنه يحد بشرب الخمر مكرهاً . وذكر ابن أبى موسى : إن أكره على شرب الخمر خاصة : لم يحد بشربها ، قال : وإن أكره

على شربها وترك العبادات ببذل دمه : لم يشربها ، ولم يدع شيئاً من العبادات ، كما لو أكره على ترك العبادات وحدها . فإنه يبذل دمه ولا يتركها .

ومنها : لو أكره المكلف بالتهديد ونحوه على الزنا ، ففعل ، فهل يجب عليه الحد أم لا ؟ فى المسألة ثلاث روايات . ظاهر المذهب المنصوص عن أحمد ، الذى اختاره الأكثر : أنه يجب على الرجل دون المرأة . بناء على أن الإكراه على الزنا لايتصور فى الرجل ، و يتصور فى المرأة . ولزوم الحد لهما : بناء على أن الإكراه إنما يبيح الأقوال دون الأفعال . وهو ظاهر كلامه فى رواية صالح . وهو مروى عن ابن عباس .

ومنها : لو أكره على الرضاع . فإنه يثبت حكمه مع الإكراه . ذكره القاضى فى الجامع الكبير محل وفاق .

ومنها : لو أكره المُولِي على وطء المولَى منها ، فوطىء : فقد فاء إليها . قال فى الترغيب : إذ الإكراه على الوطء لايتصور .

ومنها : لو أكره المرتد والحربى على التلفظ بالشهادتين فتلفظ . فإنه يصير مسلماً بذلك . لأنه أكره على حق فأداه . ثم إن قصد التقية بلفظه ولم يقصد فى الباطن الإسلام : فحكمه حكم الكفار باطناً . و إن وافق الباطن الظاهر : صار مسلماً ظاهراً و باطناً .

ومنها : لو أكره على الكفر ، فكفر مكرها غير مختار . فإنه لايكفر .

ومنها : لو أكره الذمى على الإسلام فأسلم . لم يصح إسلامه . لأنه ظلم له . وفى الانتصار لأبى الخطاب احتمال : أنه يصير مسلماً . لأن الإسلام واجب عليه فى الجملة .

تنبيه : حيث قلنا « لايترتب على فعل المكره أو قوله شىء » فما صفة الإكراه المانع من الترتب ؟ اختلفت الرواية عن الإمام أحمد ـ رضى الله عنه ـ فى ذلك فالذى نقله الجماعة عنه : أن ذلك هو الضرب والحبس ، أو أخذ المال . نص على

ذلك فى رواية حنبل ، وصالح ، والحسن بن ثواب ، وحرب ، والأثرم ، وأبى طالب وأبى عبد الله النيسابورى .

وعنه رواية أخرى : أن التوعد بذلك إكراه إذا خاف أنه يفعل به ماتوعده به . نص عليه فى رواية ابن منصور . فقال : حد الإكراه : إذا خاف القتل ، أو ضرباً شديداً . ونقله عن أحمد أيضاً : محمد بن عبد الرحمن ، من ولد أسامة بن زيد .

وقال أبو العباس ابن تيمية رضى الله عنه : إذا غلب على ظنه أنه يضره فى نفسه أو أهله أو ماله ، فإنه يكون مكرها . ولا فرق بين أن يكون الإكراه من السلطان ، أو من لص ، أو من متغلب . نص عليه أحمد فى رواية المروذى فى المتغلب . ونص عليه فى السلطان فى رواية الحسن بن ثواب . وحكى عن أحمد رواية : أنه لا يكون الإكراه من غير السلطان . وحكى عنه رواية : إن هدده بقتل أو قطع عضو ، فإكراه و إلا فلا .

وأما الشتم والسب ، فقال القاضى فى الجامع الكبير : لا يكون إكراهاً رواية واحدة فى حق كل أحد ، ممن يتألم بالشتم أو لا يتألم .

وقال فى المغنى : فأما السب والشتم : فليس بإكراه . و إن كان من ذوى المروءات ، على وجه يكون إخراقاً بصاحبه وغضًّا له وشهرة فى حقه . فهو كالضرب الكثير فى حق غيره .

إذا تقرر هذا . فظاهر كلام طائفة من الأصحاب : أنا إذا جعلنا الضرب المؤلم والحبس والقيد الطويلين إكراهاً . فإنه لايختلف باختلاف المكرَه . وقال القاضى فى الجامع الكبير : الضرب والحبس والقيد مختلف باختلاف المكره . فإن من الناس الذين لايتألمون بالضرب والحبس والقيد ، فالإكراه له : بالقتل وأخذ المال لاغير . فأما الضرب والحبس : فإن هؤلاء لايعدونه إكراهاً ، بل يجدون للضرب حلاوة . و إن كان من أهل المروءات : فالضرب والحبس والقيد إكراه فى حقهم .

لأن هذا فيهم كالقتل والقطع ، وأخذ المال فى العين . واستحسنه ابن عقيل .

قلت : و يلزم على مافرقه القاضى فى الضرب والحبس والقيد بين من لم يؤلمه من ذوى المروءات و بين غيرهم : أن يفرق فى الشتم . كما قاله صاحب المغنى ليس إلا .

و إن أكرهه بتعذيب ولده . فقال طائفة : إنه لايكون إكراهاً . والصحيح فى المذهب : أنه يكون إكراهاً . و يتوجه بتعذيبه إلى كل من يشق عليه تعذيبه مشقة عظيمة ، من والد وزوجة وصديق .

خاتمــــة

هل الأفضل فى الإكراه على شىء من المحرمات : أن يجيب إلى ما أكره عليه ، أو يصبر ؟

هذه المسألة فيها نزاع بين العلماء . والمنصوص عن أحمد ــ رضى الله عنه ــ فى رواية جعفر بن محمد ــ فى الأسير يخير بين القتل وشرب الخمر ــ فقال : إن صبر فله الشرف . و إن لم يصبر فله الرخصة . وقال القاضى أبو يعلى فى أحكام القرآن : الأفضل أن لايعطى التقية ، ولايظهر الكفر حتى يقتل . واحتج بقصة عمار وخبيب بن عدى ، حيث لم يعط خبيب أهل مكة التقية حتى قتل . فكان عند المسلمين أفضل من عمار . والله أعلم .

القــاعدة ٧ ــ الكفار مخاطبون بالإيمان إجماعاً . ونقله القرافى . و بفروع الإسلام ، فى الصحيح عن أحمد رحمه الله تعالى . وقاله الشافعى أيضاً . واختاره أكثر أصحابنا ، وأصحاب الشافعى ، والرازى ، والكرخى ، وجماعة من الحنفية . و بعض المالكية ، وجمهور الأشعرية والمعتزلة .

وعن أحمد رواية : لا يخاطبون بالأوامر ، و يخاطبون بالنواهى . وهو الذى قاله القاضى أبو يعلى فى مقدمة المجرد .

وحكى بعض أصحابنا : رواية أنهم غير مخاطبين بشىء من الفروع : الأوامر ، والنواهى . وقاله بعض الحنفية .

وحكى القرافى عن الملخص للقاضى عبد الوهاب : أن المرتد مكلف بالفروع دون الأصل .

قال القرافى : ومَرَّ بى فى بعض الكتب ـ التى لا أستحضرها الآن ـ أنهم مكلفون بما عدا الجهاد فلا . لامتناع قتالهم أنفسهم .

وذكر الآمدى ـ وتبعه ابن الحاجب وغيره ـ : أن أصل القاعدة : أن حصول الشرط الشرعى ، هل هو شرط فى صحة التكليف أم لا ؟ فعندنا ليس بشرط . وعندهم هو شرط .

إذا تقرر هذا ، فهل يظهر للخلاف فائدة فى الدنيا ، أو فائدة التكليف ـ إذا قلنا به ـ : زيادة العقاب فى الآخرة ؟.

قال أبو الخطاب فى التمهيد ، وفائدة المسألة : أنا نقول : يعاقب على إخلاله بالتوحيد ، وبتصديق الأنبياء وبالشرعيات . وعندهم لا يعاقب على ترك الشرعيات . فالخلاف يظهر ههنا حسب . فقد أجمعت الأمة على أنه لايلزمه أن يفعل العبادة إذا أسلم فى حال كفره . ولا يجب عليه القضاء . انتهى . وكذا قال غالب الأصوليين .

ومن العلماء من قال : للخلاف فائدة .

وكلام أبى الخطاب فى الانتصار يقتضى ذلك . وهو مخالف لما قاله فى التمهيد . فقال ، فيمن أسلم على أكثر من أربع نسوة : قولهم ـ يعنى الحنفية ـ النهى عن الجميع قائم حال الشرك : لايصح . لأن الكفار عندهم غير مخاطبين . وهو رواية لنا .

وقال ابن عقيل فى الواضح : إذا علم الكافر أنه مكلف : كان أدعى له إلى الاستجابة . وينتفع به إذا آمن .

وذكر ابن الصيرفى الحنبلى الحرانى : ثلاث مسائل ، تتفرع على الخلاف . سنذكرها ، إن شاء الله تعالى . والذى يظهر : أن بناء الفروع على الخلاف غير مطرد ، ولا منعكس فى جميعها .

إذا تقرر هذا . فههنا مسائل تتعلق بالـكفار . بناها بعضهم على التكليف بالفروع وعدمه .

منهـــا : إذا قلنا ـ على رواية أن الـكافر إذا أسلم لايلزمه غسل ـ فلو وجد منه سبب يقتضى الوجوب قبل إسلامه ، فهل يجب عليه الغسل أم لا ؟ فى المسألة وجهان . أظهرهما : الوجوب . و بناه أبو المعالى بن المنجا على مخاطبتهم بالفروع . وحكى فى المحرر رواية فى عِشرة النساء : أن الزوج لايجبر الذمية على غسل الحيض . وأنه يطأ بدونه . ولعل هذا مبنى على أنهم ليسوا بمخاطبين .

فلو اغتسل له حال كفره ، ثم أسلم : فهل يجب إعادته ؟ فى المسألة وجهان . حكاهما القاضى فى شرحه .

واختار أبو العباس : لاتلزمه إعادة ، و إن اعتقد وجو به . بناء على أنه يثاب على طاعته فى الـكفر إذا أسلم . قال ، ونظير المسألة : الـكافر إذا تزوج مطلقته ثلاثاً . وهو يعتقد حلها . وفى المسألة روايتان .

ومنهـــا : حيث جوزنا للـكافر دخول المساجد : إما مطلقاً ـ على رواية ـ أو لمصلحة ، كما قيدها بعضهم . أو بإذن مسلم ، كما قيدها بعضهم . أو بإذن مسلم لمصلحة ، كما قيدها بعضهم . فلو كان جنباً ، فهل يجوز ؟ فى المسألة وجهان . بناهما بعضهم على المخاطبة بالفروع وعدمها .

ومنهـــا : الذمى . هل يمنع من قراءة القرآن ؟ المنصوص عن أحمد ـ رضى الله عنه ـ المنع . وقال القاضى فى التخريج : لايمنع . وهذا يحسن أن يكون مبنياً على القاعدة . ولـكن قال القاضى فى المجرد ـ وتبعه ابن عقيل . وقاله صاحب المذهب ـ : إنه يصح إصداق الذمية القرآن ، إذا قصد به اهتداءها . فينبغى أن يحمل قوله فى التخريج « إذا جوزنا للذمى قراءته » إنما هو إذا قصد به الاهتداء .

ومنهـــا : المرتد إذا أسلم . فهل يلزمه قضاء ماترك من العبادات زمن

الردة ؟ على روايتين . المذهب : عدم اللزوم . بناهما ابن الصيرفى ، والطوفى على القاعدة . وليس بناء جيداً من وجهين .

أحدهما : أن المذهب عدم لزوم القضاء . والمذهب : تكليف الكفار بالفروع

الثانى أن : الروايتين إنما هما فى المرتد . وأما الأصلى : فلا يلزمه قضاء بالإجماع . لكن قد يتخرج لزوم القضاء على قول من يقول : المرتد مكلف بالفروع دون الأصلى .

ومنهـا : هل يجوز لكافر لبس الحرير ؟ ظاهر كلام الإمام أحمد والأصحاب : أنه لايجوز . قاله بعض متأخرى أصحابنا . و بناه بعضهم على القاعدة .

واختار أبو العباس : الجواز . قال : وعلى قياسه بيع آنية الذهب والفضة للكفار . و إذا جاز بيعها لهم جاز صنعها ليبيعها منهم . وعملها لهم بالأجرة .

ومنهـا : إذا أسلم الكافر بعد تجاوز الميقات . وأراد الإحرام ، فإنه يحرم من موضعه . وهل يلزمه دم ؟ على روايتين . حكاها أبو محمد المقدسى وغيره . والمذهب : لادم عليه عند أبى محمد . وقال القاضى وأصحابه : عليه دم . و بناه بعضهم على القاعدة .

ومنهـا : أن أهل الذمة هل يمنعون من إظهار الأكل والشرب فى نهار رمضان ؟ قال ابن الصيرفى : يمنعون . ونقله عن القاضى . وذكره أبو العباس . وهذا قد يكون مبنياً على تكليفهم . إذ فى ذلك إظهار شعار دينهم . و إظهار الأكل والشرب فى رمضان . وقد قال صاحب المحرر — فى المريض والحائض والمسافر — : لايجوز إظهار الفطر إجماعاً . مع أن الصوم غير واجب عليهم .

وقيل لابن عقيل : فيجب منع مسافر ومريض وحائض من الفطر ظاهراً ، لئلا يتهم ؟ فقال : إن كانت أعذاراً خفية منع من إظهاره ، كمرض لا أمارة له ، ومسافر لاعلامة عليه . وقد يقال : يبنى على تكليفهم وعدمه : هل يجوز للمسلم

إعانتهم على الأكل والشرب من غير إظهار أم لا ؟ فإن قلنا بتكليفهم لم يجز . وإن قلنا بعدمه جاز . والله أعلم .

ومنها : استئجار الكافر للجهاد . فإنه يصح . بناه بعضهم على القاعدة . وليس بناء جيداً .

ومنها : ما ذكره ابن الصيرفي : أن الكفار هل يملكون أموال المسلمين بالقهر أم لا ؟ فإن قلنا بالقاعدة فلا يملكون . وإلا ملكوا .

وتحرير المذهب في هذه المسألة ، قال القاضي : إنهم يملكونها من غير خلاف والمذهب عند أبي الخطاب في انتصاره : أنهم يملكونها . وحكى طائفة عن أحمد — رضي الله عنه — روايتين . منهم ابن عقيل في فنونه ومفرداته . وصحح فيها عدم الملك

وذكر أبو العباس : أن أحمد لم ينص على الملك ، ولا على عدمه . وإنما نص على أحكام أخذ منها ذلك .

والصواب : أنهم يملكونها ملكا مقيداً لا يساوي أملاك المسلمين من كل وجه . انتهى .

وبناء ابن الصيرفي ليس جيداً من وجهين .

أحدهما : أن المذهب الذي جزم به القاضي من غير خلاف : أنهم يملكون . والمذهب : أنهم مخاطبون .

الثاني : أن محل الخلاف في أن الكفار : هل يملكون أم لا ؟ إنما هو في أهل الحرب . أما أهل الذمة : فلا يملكون بلا خلاف . والخلاف في تكليف الكفار عام في أهل الذمة والحرب .

فاذا قلنا يملكون ، فلا يملكون الفرس الحبيس والوقف . وفي الولد روايتان .

وهل يملكون العبد الآبق ، والفرس الشارد إليهم ؟ في المسألة روايتان . المذهب : لا يملكون . وإذا قلنا يملكون ، فهل يشترط أن يحوزوه بدارهم ؟ في المسألة روايتان. واختلف في الترجيح .

وإذا أتلف الحربى شيئاً من أموال المسلمين وأنفسهم : فلايضمنه بالإجماع . ذكره غير واحد . وليس باجماع . فإن الرافعى الشافعى نقل عن أبى إسحاق الاسفرائينى : أنه يجب الضمان إذا قلنا : الكفار مكلفون بالفروع . قال : وذكر أبو الحسن العبادى : أنه يعزى ذلك إلى المزنى فى المنثور .

واعترض بعض متأخرى الشافعية على كلام الرافعى هذا . فقال : نقل العبادى فى الطبقات ذلك عن الاستاذ فيما إذا صار ذمياً . وأن المزنى فى المنثور ، قال : لو لم يصر ذمياً ولكن غنمنا ماله ، فيقدم دين المسلم . قال : فإن أتلف وأسلم : فلا شىء عليه . لأن الإسلام يجب ما قبله . هذا كلام العبادى . انتهى .

وسمعت بعض شيوخنا يعزو وجوب الضمان على الحربى إلى إسحاق بن راهويه . والله أعلم .

ومنها : لو غصب مسلم خمرة ذمى ، هل يجب عليه ردها ، أم لا ؟ ينبنى على أن الخمر : هل هى ملك لهم أم لا ؟ وفى المسألة روايتان . حكاها القاضى يعقوب بن إبراهيم . وأبو الحسن بن بكروش وغيرهما .

إحداهما : يملكونها . فيجب الرد . هذا قول جمهور أصحابنا .

والثانية : لايملكونها . فينبغى وجوب الرد .

وقد يقال : لايجب ردها ، ولو قلنا : هى ملك لهم . إذ يلزم منه تسليم الخمر الظاهر إلى الذمى . وقد اتفق الأصحاب ــ فيما علمت ــ على أنه إذا أظهرها : أنها تراق . ولهذا إذا أتلفها متلف فإنه لايضمنها . وعلى هذا جمهور الأصحاب .

وخرج أبو الخطاب وجها بضمان قيمتها إذا قلنا إنها مال لهم . وأبى ذلك الأكثرون . وحكى لنا قول يضمنها الذمى للذمى . ورأيت بعض شيوخنا يبنى هذا الفرع على هذه القاعدة :

إن قلنا بتكليفهم فيمتنع الرد ، أو الضمان إن تلف . وإلا وجب . وفى هذا

البناء نظر . لأن فرض المسألة فيما إذا كانت الخمرة لذمى . أما إذا كانت لحربى ، فلا يجب رد ولا ضمان . والقول بالتكليف عام فى الحربى والذمى . والله أعلم .

ومنهـــا : إذا أتلف الكافر صيداً فى الحرم : فإنه يضمنه . ذكره أبو الخطاب فى انتصاره فى بحث مسألة كفارة ظهار الذمى . و بناه بعضهم على هذه القاعدة . وليس بناء جيدا . لأنه إن كان المتلف حربياً ، فإنه لا يضمنه . جزم به جمهور العلماء . و إن كان ذمياً ، فإنه يضمنه ـ ولو قلنا : بعدم تكليفه ـ لأنه إتلاف . والإتلاف لا يعتبر فيه التكليف . لكن قد يقال : إن قلنا بتكليفه ووجوب الجزاء بقتله على المتعمد : وجب الجزاء . و إن قلنا بعدم تكليفه ، وأن الكفارة لا تجب على المخطىء : فلا كفارة عليه . والله أعلم .

ومنهـــا : أنكحة الكفار ، هل هى صحيحة أم لا ؟

قال أبو العباس ـ رضى الله عنه ـ رأيت لأصحابنا فى أنكحتهم أربعة أقوال . أحدها : جميعها صحيحة . والثانى : ما أُقروا عليه فهو صحيح . ومالم يقروا عليه فهو فاسد . وهذا قول القاضى فى الجامع ، وابن عقيل ، وأبى محمد . والثالث : ما أمكن إقرارهم عليه فهو صحيح ، ومالا فلا . والرابع : إن كل مافسد من نكاح المسلمين فسد من نكاحهم ، و إلا فلا . وهذا قول القاضى فى المجرد .

والصواب : أن أنكحتهم صحيحة من وجه ، فاسدة من وجه . فإنه إن أريد نفوذه وترتب أحكام الزوجية عليه ـ من حصول الحل به للمطلق ثلاثا ، ووقوع الطلاق فيه ، وثبوت الإحصان به ـ فصحيح . وهذا يقوى طريقَة من فرق بين أن يكون التحريم لعين المرأة ، أو لوصف النكاح . لأن ترتيب هذه الأحكام على إنكاح المحارم بعيد جدا .

وقد أطلق أبو بكر وابن أبى موسى وغيرهما صحة أنكحتهم ، مع تصريحهم بأنه لا يحصل الإحصان بنكاح ذوات المحارم . انتهى .

و بنى بعضهم هذه المسألة على هذه القاعدة . وطرده فى جميع عقودهم .

ومنهـــا : ظهار الذمى صحيح عندنا . بناه ابن الصيرفى على القاعدة.

قلت : وحكى بعضهم رواية عن الإمام أحمد : لا يصح ظهاره ، لتعقبه كفارة ليس من أهلها .

فطرد هذا : أنه لا ينعقد يمينه ، لتعقبه كفارة ليس من أهلها ، ولـكن ينعقد يمينه . ولم أقف على خلاف فى ذلك .

وأما قول من قال « لايصح ظهاره لتعقبه كفارة ليس من أهلها» فلانسلمه ، بل فى كفارته تفصيل .

أما الصوم : فلا يكفر به . لأنه لما لم يصح منه فى غير الـكفارة لم يصح منه فيها

وأما الإطعام والإعتاق : فإنه يصح منه فى غير الـكفارة . فصح منه فيها .

و يجب عليه كفارة القتل . وعنه لا كفارة عليه ، بناء على كفارة الظهار ، قاله ابن عقيل فى الواضح .

و إذا لزمته الـكفارة ، فهل يحتاج إلى نية ؟ قال الدنيوى : يعتبر فى تـكفير الذمى بالعتق والإطعام النية . وقال ابن عقيل : و يعتق بلا نية .

ومنهـــا : إذا زنى الذمى أو المستأمَن ، فإنه يجب عليه الحد . جزم به الأصحاب . و يلزم الإمام إقامته . وعن أحمد رواية ـ اختارها ابن حامد ـ إن شاء لم يقم ، حد بعضهم ببعض . ومثله قطع سرقة من بعض .

ولا يسقط بإسلامه . قال فى المحرر : نص عليه ، وذكره ابن أبى موسى فى ذمى زنى بذمية . و بنى بعضهم هذه المسألة على هذه القاعدة .

ولو تناول مسكراً ، فهل يجب عليه الحد ؟ فى المسألة روايتان . أصحهما : لا يجب

واختار أبو البركات : يحد إن سكر .

وكلام طائفة من الأصحاب يشعر ببناء هذه المسألة على هذه القاعدة .

والفرق بين هذه المسألة ، والتى قبلها : أن تحريم الزنى ثابت فى جميع الشرائع . فلذلك حددناه . وأما الخمر : فإنه لا يعتقد تحريمه . فلذلك لا يحد .

وقيل: إنما يعتقد حل اليسير . فلذلك حددناه إذا سكر ، على اختيار المحدود . وظاهر ماثبت فى السنة ، من قصة حمزة لما شرب الخمر قبل نزول التحريم وزال عقله وجَبَّ الأسْنِمَة . ولم ينقل : أن النبي صلى الله عليه وسلم عنفه على ذلك - يدل على أن الخمرة كانت مباحة ولو كثرت .

و بناء هاتين المسألتين ، ومسألة الظهار على القاعدة : ليس ببناء جيد . لأن فرض ذلك فيما إذا كان ذمياً . والتزم أحكام المسلمين . فلذلك أجريت عليه أحكامنا ، إلا أن يعتقد إباحته كالخمر .

أما لو كان حربياً : فظاهر كلام الأصحاب : أنه لاحد عليه ، ولا كفارة ، والقول بالتكليف عام فى الحربي والذمى . والله أعلم .

ومنهـا : إذا نذر الكافر عبادة . نص الإمام أحمد على صحة نذره . وهذا يحسن بناؤه على القاعدة .

ولنا قول بأنه لايصح . مأخذه : أن نذره للعبادة كالعبادة . وليس من أهلها .

ومنهـا : إذا قلنا : باشتراط التسمية على الصيد ، أو الذبيحة . محل هذا فى المسلم . وأما الكافر : فهل يشترط فى حقه ، كما يشترط فى حق المسلم ؟ فى المسألة روايتان . و يحسن بناؤهما على هذه القاعدة .

ومنهـا : إذا قلنا : باشتراط التسمية فى طهارة الحدث ، فمحل هذا فى المسلم . وحكى صاحب الإرشاد وجهين فى اعتبار التسمية لغسل الذمية من الحيض . ويحسن بناؤهما على هذه القاعدة . لكن ينبغى أن يتعدى إلى غسل الجنابة ، إذا قلنا : للزوج إجبارها عليه .

ومنهـا : أن الذمية لا يفتقر غسل حيضها إلى نية . وقال ابن تميم : واعتبر الدينورى فى تكفير الكافر بالعتق والإطعام : النية . فكذا هنا . وهذا يحسن بناؤه على القاعدة .

القـاعدة ٨ - يشترط لصحة التكليف : أن يكون المكلَّف عالماً بما

كُلِّف به . ويعبر عنه بـ «تكليف الغافل» فيه خلاف مبنى على التكليف بالمحال . فإن منعنا ذاك منعنا هذا بطريق الأولى ، وإن جوزناه فللأشعرى هنا قولان . نقلهما ابن التلمسانى وغيره .

قالوا : والفرق أن التكليف هناك فيه فائدة . وهى ابتلاء الشخص واختباره .

وفرقوا بين التكليف بالمحال ، وتكليف المحال ، أى بإسقاط البناء .

فقالوا : الأول ضابطه : أن يكون الخلل راجعاً إلى المأمور به . والثانى : ضابطه رجوع الخلل إلى المأمور نفسه . كتكليف الغافل .

إذا تقرر هذا . فههنا مسائل تتعلق بجاهل الحكم . هل هو معذور أم لا ؟ ترتبت على هذه القاعدة . فإذا قلنا : يعذر ، فإنما محله إذا لم يقصر ويفرط فى تعلم الحكم . أما إذا قصر أو فرط : فلا يعذر جزماً .

فمن المسائل : إذا تكلم فى الصلاة جاهلاً بتحريم الكلام ، أو الإبطال به . قال بعض أصحابنا : الحديث العهد بالإسلام . فقال القاضى فى الجامع : لا أعرف فيها رواية عن أحمد ، وأبدى احتمالا بعدم البطلان . وذكره ابن تميم وجهاً . وذكر أبو محمد فيه روايتين كالناسى . وفرق القاضى بينهما بأن الجاهل بتحريم الكلام تكلم بإباحة سابقة . لأن الكلام كان مباحاً فى صدر الإسلام . وليس كذلك الناسى . لأنه تكلم بعد نسخ الكلام والعلم .

ولا يلزم الجاهل الأكل فى الصوم — مع جهله بالتحريم — أنه يبطل صومه ، لأنه لم يسبق بالشرع إباحة الأكل فى الصوم . والله أعلم .

ومنها : إذا أكل فى الصلاة ، أو شرب يسيراً ، جاهلا بتحريم ذلك . فهل تبطل صلاته ؟ فى المسألة روايتان . وإن كثر : بطل . رواية واحدة . ذكره ابن تميم وغيره .

وظاهر المستوعب ، والتلخيص : لا فرق بين القليل والكثير . وإذا قلنا بالبطلان : فلا فرق بين النفل والفرض ، على الصحيح .

ومنهـــا : إذا أوجبنا الـكفارة ـ على أظهر الروايتين ـ فى وطء الحائض على العالم . فهل تجب على الجاهل ؟ فى المسألة روايتان . وقيل : وجهان .

ومنهـــا : إذا أوجبنا الموالاة والترتيب فى الوضوء ، على الصحيح من الروايتين ، فهل يسقطان بالجهل ؟ ذكرنا فى الناسى خلافاً ، فالجاهل مثله .

ومنهـــا : إذا قلنا ، على الصحيح من الروايتين : أن أكل لحم الإبل ينقض الوضوء . فإن كان جاهلا بالحدث فروايتان . اختار الخلال وغيره عدم النقض . قال الخلال : واستقر عليه قوله ، لخفاء الدليل .

ومنهـــا : إذا قلنا : لاتصح الصلاة فى المقبرة ، والحمام ، والحُشِّ ، وعَطَن الإبل ، على الصحيح من الروايتين . فإن كان جاهلا بالنهى فروايتان . والمذهب عند الأصحاب : عدم الصحة .

ومنهـــا : إذا قلنا ـ على الصحيح من الروايتين ـ : لاتصح صلاة الرجل فذاً خلف الصف . فلو كان غير عالم بالحديث ، فهل تصح صلاته ؟ فى المسألة روايتان .

ومنهـــا : إذا قلنا : لاتصح الصلاة فى الـكعبة ـ الفرض على الصحيح . والنفل فى رواية ضعيفة ـ فإن كان غير عالم بالنهى : فهل تصح ؟ فى المسألة روايتان .

ومنهـــا : إذا أكل الصائم ، أو شرب ، أو احتجم ، وكان جاهلا بتحريمه : فسد صومه . نص عليه الإمام أحمد فى الحجامة .

وذكر فى المغنى ، والمنتخب : أن جاهل التسمية فى الذبيحة لا يعذر . وقاسه على الصوم . وجزم به . فيخرج فيهـا من الخلاف مثل مافى تلك . و يتعدى إلى كل موضع أو جنبا فيه التسمية ـ من وضوء ، أو غسل ، أو تيمم ، أو أكل ـ على خلاف فى ذلك .

وفى الهداية والتبصرة : لا يفسد . وعن أحمد رواية فى الحجامة : إن علم الحاجم والمحجوم الحديث : أفطر ، وإلا فلا .

ومنهـــا : إذا جامع فى إحرامه جاهلا بتحريم ذلك ، فحكمه حكم العالم . هذا المذهب الذى نقله الجماعة عن أحمد .

ومنهـــا : لو لبس ، أو تطيب ، أو غطى رأسه ، جاهلا تحريم ذلك . قال بعض المتأخرين : يتوجه أن يكون كالصوم . وقال القاضى لخصمه : يجب أن يقول ذلك .

وسيأتى — إن شاء الله تعالى — بعض مسائل تتعلق بذلك فى قاعدة « إذا لم يبادر المكلف ، وبان له خطأ ظنه » .

ومنهـــا : إذا أثبتنا خيار المعتقة ، فوطئها — وكانت غير عالمة بثبوت الخيار — فهل يسقط خيارها أم لا ؟ حكى طائفة من الأصحاب روايتين . ولم يفرقوا بين جهل الحكم ، وجهل العتق الذى يحتمل خفاؤه . وظاهر كلام صاحب المستوعب : أن محل الخلاف فى جهل الحكم . أما جهل العتق الذى يخفى : فلا يسقط جزماً .

ومنهـــا : لو ولد على فراشه ولد ، وأخّر نفيه من غير عذر ، وقال : لم أعلم أن لى نفيه ، أو لم أعلم أن النفى على الفور . وكان قريب عهد بالإسلام : قبل منه ، وإلا فلا تقبل دعواه ، سواء كان ممن تربى بين أهل العلم أو من العوام المسافرين فى الآفاق ، وأرباب الصنائع الذين لا يخالطون العلماء . ذكره القاضى فى المجرد .

وقال أبو محمد : إن كان من عامة الناس قُبِل منه . لأن هذا مما يخفى عليهم فعَذَره بالجهل . وإن كان فقيهاً فلا يقبل منه . على الصحيح ، لأن ظاهر حاله يخالف دعواه . وليس الفقيه من القاعدة .

ومنهـــــا : إذا أوجبنا الدم على من قَدَّم الحلق على الرمى ـ فى رواية ـ فإن كان جاهلاً فلا شىء عليه .

وأما الحدود : فإنها لا تجب إلا على عالم بالتحريم . وأما من جهل وجوب الحد : فإنه يسقط عنه بجهله . ذكره غير واحد من الأصحاب .

ومنهـــــا : إذا أوجبنا الترتيب فى قضاء الفوائت ـ على الصحيح من الروايتين ـ فلا يعذر بالجهل بوجوبه . هذا المذهب . جزم به غير واحد . ولنا قول يعذر على الصحيح من الروايتين .

ومنهـــــا : إذا قلنا « المذهب الصحيح : لا تصح الصلاة فى ثوب حرير أو مغصوب » فإذا كان جاهلا بالنهى : فهل تصح صلاته ؟ فى المسألة روايتان .

ومنهـــــا : إذا عتقت الأمة فى الصلاة ، ولم تكن مستترة بسترة حُرَّة ، وجهلت وجوب السترة : فإنه يلزمها إعادة الصلاة . ذكره القاضى وغيره . وقاسوا ذلك على المعتقة . فيخرج فيها مثلها الخلاف .

ومنهـــــا : إذا صلى وعليه نجاسة ، وجهل حكمها : جعلها فى الرعاية كجهل عينها . فيه الروايتان .

ومنهـــــا : إذا فعل فعلاً مستكثراً من غير جنس الصلاة . وكان جاهلا بتحريمه : هل تبطل صلاته أم لا ؟ قال ابن تميم : قال بعض أصحابنا : لا تبطل . قال : والأولى جعله كالناسى .

قلت : فيكون فيه الطريقتان . وقد تقدمتا فى مسائل النسيان .

ومنهـــــا : واجبات الصلاة التى تسقط بالسهو ، وتبطل الصلاة بتركها عمداً . ذكر صاحب الرعاية : إذا تركها جهلاً بوجوبها : أن حكمه حكم السهو ، وعزاه إلى نص أحمد .

ومنهـــــا : لو قام الإمام إلى ركعة زائدة ، وسبح به اثنان : لزمه

الرجوع ، مالم يتيقن صواب نفسه . فإن لم يرجع بطلت صلاته . وتبطل صلاة متابعه عالماً لا جاهلاً ، على الأصح فيهما .

ومنهـــا : لو فرق الإمام المأمومين فى صـلاة الخوف أربع فرق . وصلى بكل فريق ركعة فى الرباعية . وقلنا : ببطلان صلاة طائفة مع الإمام . فمن جهل المفسد : صحت صلاته ، إن جهله الإمام ، كحدثه . وقيل : لاتصح مطلقاً .

القــاعدة ٩ ـ « الترك » هل هو من قسم الأفعال أم لا ؟ فيه مذهبان . أصحهما عند الآمدى ، وابن الحاجب ، وغيرهما : الأول . ولهذا قالوا فى حد « الأمر » : اقتضاء فعل غير كفٍّ .

وقال طائفة من أصحابنا : لا تـكليف إلا بفعل . ومتعلقه فى النهى : كف النفس .

إذا تقرر هذا . فههنا مسائل تتعلق بذلك .

منهـــا : إذا ألقى إنسان إنساناً فى نار أو ماء لا يمكنه التخلص منه ، فمات به : فعلى الملقى القصاص . و إن أمكنه التخلص ، أو لا يَقْتُل غالباً ـ فلم يفعل حتى هلك ـ فلاقصاص . لأجل الشبهة . وهل تجب الدية ؟ فى المسألة ثلاثة أوجه .

أحدها : لا يضمن الدية ، لـكن يضمن ما أصابت النار منه .

والثانى : يضمن الدية ، ويدل لها ما أشرنا إليه .

والثالث : يضمنه فى الإلقاء فى النار ، دون الماء اليسير . لأن الماء يدخله الناس للغسل والسباحة . والنار سعيرها مهلك بنفسه .

ومنهـــا : لو جرحه إنسان . فترك مداواة جرحه ، أو فَصَده ، فترك شد محل فصاده : فإنه لا يسقط الضمان . ذكره فى المغنى محل وفاق .

وذكر بعض المتأخرين : لاضمان فى ترك شد محل الفصاد . ذكره محل وفاق ، وذكر فى ترك مداواة الجراح من قادر على التداوى : وجهين ، وصحح الضمان .

وذكر : لو حَبس إنساناً ومنعه الطعام والشراب ، وهو يقدر على أخذه من غيره ، فتركه حتى مات : لا ضمان فيه .

ومنهـــا :لو أمكنه إنجاء إنسان من هَلَكة ، فلم يُنْجِه حتى تلف . فهل يضمن ؟ فى المسألة وجهان .

وقيل : هما فى وجوبه . هكذا ذكر من وقفت على كلامه . وخص الحكم بالإنسان . فيحتمل أن يتعدى إلى كل مضمون إذا أمكنه تخليصه فلم يفعل حتى تلف : هل يضمنه ؟ يخرج فى المسألة وجهان . وصرح بذلك ابن الحاجب فى فروعه فى الصيد فى الأحبولة . ولكن بناه على القاعدة .

ويحتمل أن يختص الخلاف فى الإنسان دون غيره . لأنه أعظم حرمة من غيره .

ويحتمل أن يتعدى إلى كل ذى روح ، كما اتفق الأصحاب على بذل فاضل الماء للبهائم . وحكوا فى الزرع روايتين .

وذكر الشيخ أبو محمد : إذا اضطرت بهيمة الأجنبى إلى طعامه ، ولا ضرر يلحقه ببذله ، حتى ماتت : فإنه يضمنها . وجعلها كالآدمى .

ومحل الضمان وعدمه : إذا كان المتلف لايحال الضمان عليه . أما إن كان يحال الضمان عليه : فإنه لا ضمان على المشاهد . ويضمن المباشر لقوة المباشرة .

القـــاعدة ١٠ ـ « الفرض» و « الواجب » مترادفان شرعاً ، فى أصح الروايتين عن أحمد . اختارها جماعة . منهم ابن عقيل . وقاله الشافعية .

وعن الإمام أحمد : الفرض آكد . اختارها جماعة . منهم أبو إسحاق بن شاقِلاً ، والحلوانى ، وذكره ابن عقيل عن أصحابنا . وقاله الحنفية ، وابن الباقلانى . واختلف اختيار القاضى .

فعلى هذه الرواية « الفرض » ما ثبت بدليل مقطوع به . وذكره ابن عقيل

عن أحمد . وقيل : ما لا يسقط فى عمد ولا سهو . وحكى ابن عقيل عن أحمد رواية : أن « الفرض » مالزم بالقرآن ، والواجب ما كان بالسنة .

وعلى الثانى : يجوز أن يقال : بعض الواجبات أوجب من بعض .

ذكر القاضى وغيره أن فائدته : أنه يثاب على أحدهما أكثر . وأن طريق أحدهما مقطوع به ، وطريق الآخر مظنون . وذكرهما ابن عقيل على الأول .

قال غير واحد : والنزاع فى المسألة لفظى .

فإن أريد : أن المأمور به ينقسم إلى مقطوع به ومظنون . فلا نزاع فى ذلك . وإن أريد : أنه لا تختلف أحكامها . فهذا محل نظر . فإن الحنفية ذكروا مسائل فرقوا فيها بين الفرض والواجب .

منهـــــا « الصلاة » فإنها مشتملة على فروض وواجبات . والمراد بالفرض : الأركان . وأن « الفرض » لا يتسامح فى تركه سهواً ، و « الواجب » لا يتسامح فى تركه عمداً .

ومنهـــــا « الحج » فإنه مشتمل على فروض وواجبات . وأن الفرض لا يتم النسك إلا به ، والواجب يجبر بدم .

ومنهـــــا « المضمضة ، والاستنشاق » واختلف قول أحمد فيهما . هل يسميان فرضاً أم لا ؟ فنقل أبو داود ، وابن إبراهيم : لا يسميان فرضاً . وإنما يسميان سنة مؤكدة ، أو واجباً . لأن حد الفرض : ماثبت من طريق مقطوع به بنص كتاب ، أو سنة متواترة ، أو إجماع . وليس طريق ثبوتهما كذلك . وإنما ثبتا بأخبار الآحاد .

ونقل أبو بكر بن محمد : إن تركهما يعيد . كما أمر الله . وهذا يدل على تسميتها فرضاً . لأنه جعل الدلالة القرآن . وهو قوله تعالى (٥ : ٦ فاغسلوا وجوهكم) وهذا عام .

واختار ابن عقيل فى الفصول : أنهما واجبان ، لا فرضان .

واختلف أصحابنا : هل لهذا الخلاف فائدة ، أم لا ؟ فقال بعضهم لا فائدة له . وأنا متى قلنا بوجوبهما فلا يصح الوضوء بتركهما عمداً ولا سهواً . وإن قلنا : إنهما سنة ، فلا يصح الوضوء بتركهما عمداً . ويصح سهواً .

القاعدة ١١ — « الوجوب » قد يتعلق بمعنى . كالصلاة ، والحج ، وغيرها . ويسمى واجباً معيناً . وقد يتعلق بأحد أمور معينة . كخصال كفارة اليمين ، وكفارة الأذى ، وكفارة الصيد . على الصحيح فيهما . وقاله جماعة الفقهاء والأشعرية . نقله الآمدى عنهم . واختاره ابن الحاجب ، والبيضاوى ، وغيرهما . وقاله بعض الأصوليين .

وقال المعتزلة : الجميع واجب بصفة التخيير . وقال ابن برهان ، والجوينى : إن وجوب الجميع قول المعتزلة ، وهو أبو هاشم .

قلت : وأطلق الوجوب من المعتزلة : الجبائى — والد أبي هاشم — والقاضى عبد الجبار ، وجماهير مشاهير المعتزلة . وكان الكرخى الحنفى ينصر هذا مرة . ومرة لا ينصره ، كقولنا .

وقال بعض المعتزلة : الواجب مبهم عندنا ، معين عند الله تعالى : إما بعد اختياره ، وإما قبله ، بأن يلهمه الله تعالى إلى اختياره . وهذا القول يسمى « قول التراجم » لأن الأشاعرة قال بعضهم : الواجب واحد معين عند الله تعالى غير معين عندنا . ولكن المكلف قد لا يفعله ، بل يفعل غيره . ويقع نفلا يسقط به الفرض

إذا تقرر هذا ، فهل النزاع بين الفقهاء ، ومن وافقهم — من الأشاعرة ، وبين من قال من المعتزلة : الجميع واجب — هو فى اللفظ ، أم فى المعنى ؟ .

فالذى قاله أبو الحسن البصرى وغيره : الخلاف بين الفقهاء والمعتزلة فى اللفظ دون المعنى ، قائلاً — أى هم — يعنون بوجوب الجميع على التخيير : أنه لا يجوز الإخلال بجميعها . ولا يجب الإتيان بجميعها . وللمكلف اختيار أى واحد كان . وهو بعينه مذهب الفقهاء . فلا خلاف فى المعنى .

وأما فى اللفظ ، فالخلاف : أن المعتزلة يقولون : وجوب الجميع على التخيير . والفقهاء بوجوب واحد من حيث هو أحدها .

وأيضاً : فإن المعتزلة يطلقون الواجب على كل فرد بالحقيقة . وعلى المشترك بالمجاز . والفقهاء يعكسون فيهما .

وقال القطب : تقرير قول أبى الحسين فى شرح المختصر ، وفى كون هذه العناية رافعة للخلاف المعنوى نظر . لأن من ذهب من المعتزلة إلى أنه يثاب ويعاقب على كل واحد ، ولو أتى بواحد يسقط عنه الباقى. بناء على أن الواجب قد يسقط بدون الأداء ـ يقول : بأنه لايجوز الإخلال بجميعها ، ولايجب الإتيان به . مع أن الخلاف بينه و بين الفقهاء قائم فى المعنى . لأن عند الفقهاء لا يثاب ولا يعاقب إلا على فعل واجب واحد ، أو ترك واجب واحد .

وكأن هـذا مذهب من لم يُعبأ به منهم . إذ المعتبرون منهم ـ كأبى هاشم وغيره ـ لم يذهب إلى أنه يثاب و يعاقب على الجميع ، على ما قال الإمام فى البرهان : إن أبا هاشم اعترف بأن تارك الخلال لا يأثم إثم من ترك واجبات . ومن أتى بها جميعها : لم يثب ثواب واجبات ، لوقوع الامتثال بواحد .

وذكر صاحب تنقيح الأدلة فيه : أن أبا على وأبا هاشم ومتابعيهما . يعنون بوجوب الكل على التخيير : أن الله أرادها جميعها ، لما فيها من المصلحة . وكره ترك جميعها . ولم يكره ترك واحدة إلى الأخرى .

وهو صريح فى أنه لا يعاقب على ترك الجميع . لقوله « ولم يكره ترك واحدة إلى الأخرى » وكذا قول عبد الجبار فى عمد الأدلة .

وههنا بحث محقق نافع . ذكره ابن الحاجب وغيره فى رد مذهب القائلين بأن الجميع واجب . فقالوا : أحد الأشياء قدر مشترك بين الخصال كلها ، لصدقه على كل واحد منها . وهو واحد لاتعدد فيه . و إنما التعدد فى محله . لأن المتواطىء موضوع لمعنى واحد ، صادق على أفراد ، كالإنسان . وليس موضوعاً لمعان متعددة .

وإذا كان واحداً استحال فيه التخيير . وإنما التخيير فى الخصوصيات . وهى خصوص الإعتاق مثلا ، أو الكسوة ، أو الإطعام . فالذى هو متعلق الوجوب : لاتخيير فيه . والذى هو متعلق التخيير : لاوجوب فيه .

وإذا قلنا بالقول الصحيح ، الذى عليه الفقهاء والأشاعرة : إذا أتى المكفر بالخصال معاً . فإنه يثاب على كل واحد منها ، لكن ثواب الواجب أكثر من ثواب التطوع . ولا يحصل إلا على واحد فقط . وهو أعلاها إن تفاوتت . لأنه لو اقتصر عليه لحصل له ذلك . فإضافة غيره إليه لاتنقصه ، وإن تساوت قُبل أحدُها . وإن ترك الجميع عوقب على أقلها . لأنه لو اقتصر عليه لأجزأه . ذكر ذلك ابن التلمسانى فى شرح المعالم . وابن برهان .

وقال القاضى وغيره : يأثم بقدر عقاب أدناها . لا أنه يفسر عقاب أدناها (١) .

وفى التمهيد وغيره ــ ومعناه فى الواضح ــ يثاب على واحد . ويأثم بواحد . ولكن قال الشيخ مجد الدين فى تقرير إخراج الجميع دفعة : نظر .

قلت : وقد يتصور ، بأن يوكل شخصاً فى الإعتاق . ويتلفظ هو والوكيل معاً بالعتق ، وبتمليك الفقراء الطعام والكسوة . والله أعلم .

ومما ينبنى على القاعدة : إذا أوصى فى الكفارة المخيرة بخصلة معينة ، وكانت قيمتها تزيد على قيمة الخصلتين الباقيتين : فهل يعتبر الجميع من رأس المال ، أم الزائد من الثلث ؟ فهذه المسألة لم أرها منقولة فيما وقفت عليه من كتب أصحابنا .

وحاصلها : يرجع إلى أن الواجب المخير كالواجب المعين أم لا ؟ والذى يظهر فيها : أن الجميع معتبر من رأس المال . وأخذته من مسألتين ذكرهما الأصحاب .

إحداهما : إذا جنى العبد المرهون جناية موجبة المال . فيخير سيده بين ثلاثة أشياء : فديته بأقل الأمرين ، أو بيعه فى الجناية ، أو تسليمه إلى ولى الجناية فيملكه . هذا هو الصحيح عن الإمام أحمد .

---

(١) كذا بالأصل وليحرر .

وعنه رواية أخرى : يخير بين شيئين فقط . وعلى هذه الرواية : هل الشيئان فداؤه و بيعه فى الجناية ، أو فداؤه ودفعه بالجناية ؟ فى المسألة روايتان . فإذا فداه المرتهن بغير إذن الراهن ، فهل يرجع إليه أم لا ؟ فى المسألة طريقان للأصحاب .

إحداهما ــ وهى طريقة الشيخ أبى محمد ــ : أنها تخرج على مسألة من أدى عن غيره واجباً بغير إذنه . وكذلك قال صاحب المستوعب ، والترغيب .

والطريق الثانية ــ وهى التى جزم بها فى المحرر ــ : عدم الرجوع .

وجه قول أبى محمد ، ومن قال بقوله : أنه أدى واجباً عن غيره فى الجملة . فقياسه فى هذه المسألة : أنه يعتبر الجميع من رأس المال . وهو موافق للقاعدة من كون الواجب أحدها .

ووجه قول أبى البركات : أنه أدى عنه شيئاً غير محتم عليه عيناً .

والمسألة الثانية : إذا وجب سُبع بدنة فذبح بدنة كاملة . فهل الجميع واجب ، لايجوز له أكل شىء منه ، أم السُّبع واجب ، والباقى يجوز له الأكل منه ؟ فى المسألة وجهان . ذكرهما بعض الأصحاب .

قال ابن عقيل فى تعليل أن الجميع واجب : كما لو اختار الأعلى من خصال الكفارة . فجعل خصال الكفارة أصلا . وأنه إذا اختار الأعلى يكون واجباً . والقاعدة فى الواجبات : أنها تخرج من رأس المال . وصرح بذلك غالب الأصحاب . ولم يفرقوا بين واجب مخير ، وواجب معين . والله أعلم .

و بعد أن كتبت هذا وجدت القاضى قال فى المجرد ، من كتاب الأيمان : إذا مات من عليه كفارة يمين بالمال ، وأوصى بالعتق فيها : تكون الوصية من ثلثه فإن خرجت من الثلث : أعتق عنه . و إن كان الثلث لايفى : سقطت الوصية ، وأطعم عنه . قال أبو البركات ابن تيمية : وعندى أن المعتبر من الثلث مايزيد بالعتق على الإطعام ، أو على قيمة الكسوة ، أو كان أقل من قيمة الإطعام لغلائه . فأما قدر قيمة الأدنى : فيعتبر من رأس المال .

قال : وهذا يعين تأويل كلام القاضى عليه . إذ لا يسوغ عندنا سواه .

وقال الخطيب فخر الدين بن تيمية فى الترغيب : ولو أوصى بالعتق فى كفارة مخيرة لزمه . وكان من رأس المال ، ولو عينه من الثلث . جعلها كما لو قال : أخرجوا الواجب من ثلثى .

القــاعدة ١٢ – يجوز تحريم واحد لا بعينه . كقوله : لا تكلم زيداً أو بكراً . فهو منع من أحدهما لا بعينه . عند أصحابنا والشافعية . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد . قاله أبو البركات والقاضى .

والكلام فيه كالكلام فى الواجب المخير . قاله الآمدى . وتبعه ابن الحاجب .

وخالف فى ذلك القرافى . وقال : يصح التخيير فى المأمور به . ولا يصح فى المنهى عنه . لأن القاعدة تقتضى : أن النهى متعلق بمشترك حرمت أفراده كلها . لأنه لو دخل فرد إلى الوجود لدخل فى ضمنه المشترك . فيلزم المحظور . ولا يلزم من إيجاب المشترك كل فرد منها حصلت فى ضمنه . واستغنى عن غيره .

إذا تقرر هذا ، فمن فروع القاعدة :

إذا كان له أمتان وهما أختان . فهل يجوز له الجمع بينهما فى الوطء مع الكراهة ، أم يحرم ؟ فى المسألة طريقان .

أحدهما : يحرم جزماً . وهذا طريق القاضى فى العمدة وأبى العباس .

والطريق الثانى : فى المسألة روايتان . والمذهب : التحريم . وهذا طريق أبى الخطاب ، وأبى محمد ، وصاحب الترغيب وغيرهم .

فإذا قلنا بالتحريم : فله وطء أيتهما شاء . على الصحيح من المذهب . ومنع منه أبو الخطاب ، حتى يحرم الأخرى بما يأتى ذكره . فإذا وطىء إحداهما لم تبح له الأخرى حتى يحرم غير الموطوأة على نفسه بتزويجها ، أو إزالة ملكه عنها .

قال ابن عقيل : ولا يكفى فى إباحة الثانية مجرد إزالته ، حتى تمضى حيضة الاستبراء وتنقضى . فتكون الحيضة كالعدة . وتبعه على ذلك صاحب الترغيب والمحرر .

قال أبو العباس : ليس هذا القيد فى كلام أحمد وعامة الأصحاب .

وهل يكفى تحريمها بالكتابة والرهن والبيع بشرط الخيار ؟ على وجهين . ولو زال ملكه عن بعضها . قال أبو العباس : كفاه . وهو قياس قول أصحابنا .

وإذا حرمت الموطوأة ، ثم رجعت إليه ، بعد أن وطىء الباقية : أقام على وطئها ، واجتنب الراجعة عند أبى البركات . بناء على انقطاع الفراش بالإخراج . والمنصوص عن الإمام أحمد ــ رحمه الله تعالى ــ أنه يجتنبها حتى يحرم إحداها . ولو رجعت قبل وطء الباقية وطىء أيتهما شاء عند أبى البركات . بناء على انقطاع الفراش . وظاهر كلام الخرقى : تحريمها حتى يُحَرِّم إحداها .

وقال صاحب المغنى فيه : تباح الراجعة دون الباقية . ولو خالف أولا فافترشهما واحدة بعد واحدة : لزمه أن يمسك عنهما حتى يُحرِّم إحداها .

قال القاضى فى المجرد : المحرمة هى الثانية . فله إذا استبرأها وطء الأولى .

وحيث أبحنا له إحداها بتحريم الأخرى : فهو جار على القاعدة . إذ هو تحريم واحد لا بعينه .

ومنها : إذا أسلم الكافر ، وتحته أكثر من أربع نسوة . فأسلمن معه ، أوكن كتابيات : أمسك منهن أربعا . وفارق سائرهن . وهوجار على القاعدة . إذ هو تحريم بعض غير معين .

القاعدة ١٣ ــ وقت الواجب : إما بقدر فعله . وهو الواجب المضيق أو أقل منه ، والتكليف به خارج عن تكليف المحال ، أو أكثر منه . وهو «الواجب الموسع» والوجوب يتعلق بجميع الوقت وجوباً موسعاً عند أصحابنا ، ومحمد بن شجاع ، وأبى على ، وأبى هاشم .

وقال القاضى أبو الطيب : هو مذهب الشافعى وأصحابه .

وهل يشترط لجواز التأخير عن أول الوقت : العزم ؟ فيه وجهان . اختاره أبو الخطاب فى التمهيد . ومال إليه القاضى فى الكفاية ، وأبو البركات . لأنه لا يشترط .

واختاره أبو على ، وأبو هاشم ، والرازى . وذكر أنه قول أبى الحسين البصرى .

وقالت الحنفية : بل يتعلق بآخر الوقت . واختلفوا فيما إذا فعله فى أوله . فقال بعضهم : يقع نفلا يمنع لزوم الفرض . واختلف النقل عن الكرخى منهم. فنقل عنه : أنه كان تارة يقول : بتعين الواجب بالفعل فى أى أجزاء الوقت كان . وتارة يقول : إن بقى الفاعل مكلفاً إلى آخر الوقت : كان مافعله قبل ذلك واجبا . و إلا فهو نفل . ونقل عنه : الوجوب يتعلق بآخر الوقت ، أو بالدخول فى الصلاة قبله .

وقال بعض المتكلمين : الوجوب متعلق بجزء من الوقت غير معين . كما تعلق فى الكفارة بواحد غير معين .

قال أبو البركات : وهذا أصح عندى ، وأشبه بأصولنا فى الكفارات . فيجب أن يحمل مراد أصحابنا عليه . ويكون الخلل فى العبارة .

قلت : جعل ابن عقيل فى الفصول : مسألة « الواجب الموسع » كالواجب المخير . وقاسها عليها . فهو موافق لما اختاره أبو البركات . وذكره فى الواضح عن الكرخى . واختاره أيضا فى مسألة « الواجب المخير » لكن صرح القاضى وابن عقيل أيضاً فى موضع من كلامه وغيرهما بالفرق . وقال فى المحصول ، والمنتخب : ومن أصحابنا من قال : إن الوجوب يختص بأول الوقت . فإن فعله فى آخره كان قضاء . قاله طائفة من محققى الشافعية .

ولعل هذا القول التبس على صاحب المحصول بوجه الاصطخرى . حيث ذهب إلى أن وقت العصر والعشاء والصبح يخرج بخروج وقت الاختيار . لكنه نقله الشافعى فى الأم عن المتكلمين . وهذا يحتمل أن يكون سببا لهذا الغلط أيضاً .

***القاعدة* ١٤** ـ يستقر الوجوب فى العبادة الموسعة بمجرد دخول الوقت ولا يشترط إمكان الأداء . على الصحيح من المذهب . ونعنى بالاستقرار : وجوب القضاء . إذ الفعل إذاً غير ممكن ولا مأثوم على تركه . ذكره أبو البركات .

إذا تقرر هذا . فمن فروع القاعدة :

إذا دخل وقت الصلاة على المكلف بها . ثم جن ، أو حاضت المرأة قبل أن يمضى زمن يسعها . فإن القضاء يجب عندنا فى أصح الروايتين .

والأخرى : لايجب . اختارها أبو عبد الله ابن بطة ، وابن أبى موسى .

ومحل الخلاف – على ظاهر ماذكره القاضى فى الجامع الكبير ، وابن أبى موسى ، والشيخ أبو البركات فى شرح الهداية وغيرهم – فيما إذا دخل الوقت ، ثم طرأ المانع .

وذكر أبو المعالى : أنه لو زال المانع فى آخر الوقت أنه على الخلاف فى أوله .

ومنهـــا : إذا أيسر من لم يحج . ثم مات من تلك السنة قبل التمكن من الحج : فهل يجب قضاء الحج عنه ؟ فى المسألة روايتان . أظهرهما الوجوب .

ومنهـــا : إذا أتلف النصاب قبل إمكان الأداء . على الصحيح من الروايتين : وجب عليه ضمان الزكاة . و إن قلنا : يعتبر . فإنه لايضمنها . هكذا جزم به طائفة من الأصحاب . وجزم فى الكافى ، ونهاية أبى المعالى بالضمان . واحتجّا به المذهب . لأنهـا لو لم تجب لم يضمنها . وقاسه أبو المعالى على تفويته العبد الجانى .

و إن تلف النصاب بعد الحول قبل التمكن من الأداء ، فالمذهب المشهور : أن الزكاة لاتسقط بذلك إلا زكاة الزرع والثمار إذا تلفت بجائحة قبل القطع . فتسقط زكاتها اتفاقاً . لانتفاء التمكن من الانتفاع بها .

وخرج ابن عقيل وجهاً بوجوب زكاتها أيضاً . وهو ضعيف مخالف للاجماع الذى حكاه ابن المنذر وغيره . وعن أحمد رواية ثانية بالسقوط .

فمن الأصحاب من قال : هى عامة فى جميع الأموال . ومنهم من خصها بالمال الباطن دون الظاهر . ومنهم من عكس ذلك . ومنهم من خصها بالمواشى .

واختلف الأصحاب فى مأخذ الخلاف على طريقين .

أحدهما : أنه على الخلاف فى محل الزكاة . فإن قيل : هو الذمة ، لم تسقط .

وإلا سقطت . وهو طريق الحلوانى فى التبصرة ، والسامرى . وقيل : إنه ظاهر كلام الخرقى . قال شيخنا أبو الفرج : وفى كلام أحمد إيماء إليه أيضاً .

والطريق الثانى : عدم البناء على ذلك . وهو طريق القاضى والأكثرين .

فوجه الاستقرار مطلقاً ــ إن قلنا : تتعلق الزكاة بالذمة ــ فظاهر . وإن قلنا بالعين : فبناء على أنه لايشترط فى وجوبها إمكان الأداء . لأن وجوبها كان شكراً للنعمة ثم سلبها . وهو النصاب التالف ، وشرطها ، وهو الحول . فاستقرار وجوبها بتمام الانتفاع بهذا المال حولا كاملا . كالأجرة المعينة المستقرة بانقضاء مدة الإجارة .

وأيضاً فمن الأصحاب من قال : تلفها لاينفى تعلقها بالذمة . فهى كالدين والرهن .

وجه السقوط مطلقاً : أنا إن قلنا تعلقها بالعين فواضح . كالإبانات . والعبد الجانى . وإن قلنا بالذمة . فالوجوب إنما يستقر بالتمكن من الأداء فى رواية .

واختار صاحب المغنى السقوط مطلقاً .

ومن أمكنه الأداء ، ولكن خاف رجوع الساعى : فكمن لم يمكنه . أما لو أمكنه الأداء فلم يزك : لم يسقط عنه . كزكاة الفطر والحج .

ومنهـا : الصيام . فإذا بلغ الصبى مفطراً ، أو أفاق مجنون فى أثناء يوم من رمضان ، أو أسلم فيه كافر : لزمهم القضاء فى أصح الروايتين .

ومنهـا : إذا وصل عادم الماء إلى المـاء ، وقد ضاق الوقت . فعليه أن يتطهر ويصلى بعد الوقت . ذكره صاحب المغنى . وخالفه صاحب المحرر . وقال : يصلى بالتيمم . وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية صالح .

أما قضاء العبادات : فاعتبر الأصحاب له إمكان الأداء . فقالوا ــ فيمن أخر قضاء رمضان لعذر ، ثم مات قبل زواله ــ : إنه لايطعم عنه . وإن مات بعد زواله والتمكن من القضاء : أطعم عنه .

وأما المنذورات : ففى اشتراط التمكن لها من الأداء وجهان . كالروايتين فى الصلاة والحج . فلو نذر صياماً أو حجاً ، ثم مات قبل التمكن منه : فهل يقضى

عنه ؟ على الوجهين . وعلى القول بالقضاء : فهل يقضى عنه الفائت بالمرض خاصة . كما اختاره صاحب المحرر ، أم الفائت بالمرض و بالموت أيضاً ؟ على وجهين .

وقريب من هذه القاعدة : مسألتان . والصحيح فيهما : أنه يشترط إمكان الفعل .

إحداهما : إذا أحرم الإنسان ، وفى يده صيد . فإنه يجب عليه إرساله . فإن مات الصيد قبل التمكن من إرساله : جزم الشيخ أبو محمد بعدم الضمان . وقد نبه عليه ابن عقيل فى الفصول . وقال بعض الأصحاب : يضمن .

الثانية : إذا نذر أضحية ، أو الصدقة بدراهم معينة ، فتلفت . فهل يضمن أم لا ؟ فى المسألة روايتان .

وقال جماعة ــ منهم القاضى وأبو الخطاب ــ ولو تمكن من الفعل ، نظراً إلى عدم تعيين مستحق كالزكاة ، و إلى تعلق الحق بعين معينة . كالعبد الجانى .

وأما أبو المعالى بن منجا ، فقال : إن تلفت قبل التمكن فلا ضمان . و إلا فوجهان . إن قلنا : يسلك بالنذر مسلك الواجب شرعاً ضمن . و إن قلنا :مسلك التبرع : لم يضمن .

وقريب من القاعدة أيضاً : إذا وجب عليه حق ، فلم يؤده حتى وجد مالو كان موجوداً حالة الوجوب لمنع الوجوب : هل يمنع الوجوب أم لا ؟ وذلك فى مسائل .

منهـــا : إذا جامع فى رمضان . ثم مرض : لم تسقط عنه الكفارة نص عليه الإمام أحمد . وكذلك إذا مات ، أو حاضت المرأة ، أو نُفِست . وأبدى أبو الخطاب فى الانتصار وجهاً : أنها تسقط بالحيض والنفاس ، والموت . وكذلك الجنون إن منع طوافه الصحة .

ومنهـــا : إذا سافر بعد دخول وقت الصلاة . فهل يجوز له قصر الصلاة أم لا ؟ فى المسألة روايتان . ولنا وجه : إن كان الوقت قد ضاق : امتنع القصر ، و إلا فلا .

ومنهـــا : لو سافر فى أثناء يوم فى رمضان . هل له الفطر أم لا ؟ فى المسألة روايتان .

ومنهـــا : إذا قتل ذمى أو عبد : ذمياً ، أو عبداً ، ثم أسلم القاتل ، أو عتق قبل استيفاء القصــاص منه : لم يسقط عنه القصاص فى المنصوص عن الإمام أحمد ، وظاهر نقل بكر بن محمد عن أحمد ـ رحمه الله تعالى ـ عدم قتل من أسلم . وهو احتمال لصاحب المغنى .

ومنهـــا : لو قتل وهو بالغ عاقل . فلم يستوف منه حتى جن : فإنه يستوفى منه حال جنونه . فى الصحيح من المذهب .

ومنهـــا : إذا زنى بامرأة . ثم تزوجها ، أو ملـكها ، قبل إقامة الحد . لم يسقط عنه الحد .

ومنهـــا : لو سرق نصاباً . فلم يُقطع حتى نقصت قيمته : لم يسقط عنه القطع . وكذلك لو ملـكه سارقه عند أبى بكر عبد العزيز وغيره . وجزم به جماعة ، وسواء ملـكه قبل الترافع أو بعده . وذكره ابن هبيرة عن الإمام أحمد .

وقال ابن عقيل ، وصاحب المغنى ، والإيضاح : يسقط قبل الترافع إلى الحاكم . لحديث صفوان . قال الحـافظ أبو عبد الله بن عبد الهادى : حديث صفوان صحيح . وقد رواه الإمام أحمد ، وأبو داود ، والنسائى ، وابن ماجه . من غير وجه عن صفوان(١) .

القـــاعدة ١٥ ـ الأمر الذى أريد به جواز التراخى ، بدليل ، أو بمقتضاه ـ عند من يراه ـ إذا مات المأمور به بعد تمكنه منه ، وقبل الفعل : لم

---

(١) قال صفوان « كنت نائماً فى المسجد على خميصة لى . فسرقت . فأخذنا السارق . فرفعناه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم . فأمر بقطعه . فقلت : يارسول الله ، أفى خميصة ثمن ثلاثين درهما ؟ أنا أهبها له . أو أبيعها له . قال : فهلا كان قبل أن تأتينى به ؟ » .

يمت عاصياً ، عند الأكثرين . وقال قوم : يموت عاصياً . واختاره الجويني في مسألة الفور والتراخي .

وحكى الأول مذهب الشافعي ، والمحققين من أصحابه .

وحاصل ذلك : يرجع إلى من أبيح له فعل شيء أو تركه . فإنه لا يترتب عليه شيء .

إذا تقرر هذا ، فمن فروع القاعدة :

إذا مات من أبيح له التأخير في أثناء وقت الصلاة قبل الفعل ، وقبل ضيق الوقت ، وتمكن من الأداء : فهل يموت عاصياً أم لا ؟ في المسألة وجهان للأصحاب أصحهما : العصيان . وأبداه أبو الخطاب في انتصاره . قال : لأنه إنما يجوز له التأخير بشرط سلامة العاقبة .

ومنها : إذا ضرب المستأجر الدابة ، أو الرائض بقدر العادة ، أو لجمها فتلفت : لم يضمنها . وكذلك المعلم إذا ضرب الصبي ، أو الزوج امرأته في النشوز لإباحة ذلك له . ونص أحمد ـ في الرجل يؤدب ولده ، أو السلطان يؤدب رعيته بضرب العادة ، أو قطع ولي الصغير سلعة لمصلحته[1] ـ : إنه لا ضمان عليه . كما لو مات المحدود في الحد .

ومنها : لو ذكرت امرأة عند السلطان بسوء . فأرسل ليحضرها فماتت فزعاً ، فهل يضمنها أم لا ؟ في المسألة وجهان . ذكرها غير واحد من الأصحاب . وكذلك الوجهان لو استعدى عليها رجل بالشرطي في دعوى له ، فماتت فزعاً . فهل يضمنها المستعدي أم لا ؟ وقال صاحب المغني : يضمنها إن كان ظالماً لها . وإن كانت هي الظالمة فلا يضمنها .

قلت : والذي قاله صاحب المغني : بأنه يضمنها إن كان ظالما لها . فلا تردد فيه . وإن لم يكن ظالما : فهذا ينبغي أن يكون محل الخلاف . والله أعلم .

---

(١) السلعة : خراج كهيئة الغدة يتحرك بالتحريك .

وأما جنينها فمضمون . نص عليه الإمام أحمد . لأن موت الجنين بسبب المعتدى أو المرسل . أشبه مالواقتص منها .

ولنا قول بعدم الضمان ، لأن المرسل غير متعد .

ومنها : لو وقفت دابة فى طريق واسع . فأتلفت شيئاً . فهل يضمن مالكها أم لا ؟ فى المسألة روايتان . عدم الضمان . لأنه غير متعد بالضمان . لأن الوقوف مشروط بسلامة العاقبة .

قلت : هكذا وجه غير واحد من الأصحاب هذه الرواية . وليس ذلك بجارٍ على أصولنا . والله أعلم .

قال الحارثى : والأقوى نظراً : عدم الضمان حالة القيام فى الطريق ، كما أورد القاضى وغيره دون حالة الربط . وإن كان صاحب التلخيص صرح بالخلاف فى الربط . فإن الربط عدوان محض ، لوقوعه فى غير ملك . ولأن القدر الذى يملكه هو المرور . فالربط غير مستحق . وأما القيام : فليس عدوانا . فلا يصير به ضامنا.

هذا مالم تكن الجناية خلقا للدابة . فإن كانت خلقاً لها : فهى كالعقور .

قلت : قول الحارثى « القدر الذى يملكه هو المرور . فالربط غير مستحق» يرد عليه فى القيام . فإن القيام ليس بمرور . ويصير عدوانا فيضمن .

ومنها : لو حفر بئراً فى طريق واسع لنفع المسلمين . فى المسألة طريقان .

أحدهما : إن كان بإذن الإمام جاز . وإن كان بدون إذنه فروايتان على الإطلاق . قاله أبو الخطاب ، وصاحب المغنى . إذ البئر مظنة العطب . وحيث قلنا بالجواز : فلا ضمان . صرح به القائلون بالجواز .

ومنها : لو فعل بالمسجد ماتعم مصلحته . كبَسْط حصير ، وتعليق قنديل ، أو نصب عُمد ، أو باب : فلا ضمان لما تلف به . أذن الإمام أو متولى المسجد أو جيرانه ، أم لا . هذا ماحكاه القاضى فى الجامع الصغير ، وأبو الخطاب ،

والشريفان ـ أبو جعفر ، وأبو القاسم ـ والسَّامرى فى آخرين عن المذهب .

وأصله : مانص عليه الإمام أحمد من رواية ابن سنان فى مسألة حفر البئر ، إلا أن يكون بئراً أحدثها لماء المطر . فإن هذا منفعة للمسلمين . فأرجو أن لايضمن . وكذلك نصه ـ فى رواية إسحاق بن منصور ـ كل من لم يكن له شىء يفعله فى طريق المسلمين . ففعله ، فأصاب شيئاً . فهو ضامن . فإن المفهوم منه : انتفاء الضمان بما ينشأ عن الفعل المباح . وخرج أبو الخطاب ، وأبو الحسن بن بكروش رواية بالضمان . بناء على الضمان فى البئر .

قال الحارثى : ولا يصح هذا التخريج . لأن الحفر عدوان لإبطال حق المرور . وليس كذلك مانحن فيه .

قلت : وجه من قال بالضمان مطلقا ـ فى رواية البئر ـ مظنة العطب .

وذكر القاضى فى المجرد ، وكتاب الروايتين : إن أذن الإمام : فلاضمان ، و إن لم يأذن : فعلى وجهين . بناء على الروايتين فى البئر . وتبعه ابن عقيل فى الفصول على ذلك .

وقد مرّ الكلام فى البئر ، مع أنهما قالا : وقال أصحابنا فى بوارى المسجد : لاضمان على فاعله ، وجهاً واحداً ، بإذن الإمام وغير إذنه . لأن هذا من تمام مصلحته .

ومنهــــا : لو جلس إنسان فى مسجد ، أو طريق واسع . وعثر به حيوان فمات : فهل يضمنه أم لا ؟ فى المسألة وجهان . أوردهما أبو الخطاب . وتبعه أبو محمد المقدسى . قال الحارثى : ولم أرَ لأحد قبله هذا الخلاف .

وأصله : مامر من الروايتين فى ربط الدابة بالطريق الواسع . ومحله : ما لم يكن الجلوس مباحاً ، كالجلوس فى المسجد مع الجنابة والحيض ، أو للبيع والشراء ، ونحو ذلك . أما ماهو مطلوب ـ كالاعتكاف ، والصلاة ، والجلوس لتعليم القرآن والسنة ـ فلايتأتى الخلاف فيه بوجه . وكذلك ماهو مباح من الجلوس فى جوانب

الطرق الواسعة . كبيع مأكول ونحوه . لامتناع الخلاف فى عدم جوازه . لأنه جلس فيما يستحقه بالاختصاص . فهو كالجلوس فى ملـكه من غير فرق . وقد حكى القاضى الجزم فى مسألة الطريق الواسع .

قال الحارثى : وهذا التقييد حكاه بعض شيوخنا فى كتبه عن بعض الأصحاب إذ لابد منه . لـكنه يقتضى اختصاص الخلاف بالمسجد ، دون الطريق . لأن الجلوس بالطريق الواسع : إما مباح . كما ذكرنا . فلا ضمان . وإما غير مباح — كالجلوس وسط الحارة — فالضمان واجب ولا بد .

وقد يقال : هذا المعنى موجود بعينه فى المسجد . فالخلاف منتفٍ أيضاً .

فنقول : الفرق بينهما : أن المنع ثبت فى الحارة لذات الجلوس . فتمحض السبب بكليته عدواناً . والمسجد : المنع فيه لم يكن لذات المسجد ، بل المعنى قارنه . وهو : إما البيع ، أو الجنابة ، أو الحيض . فلم يكن ذات السبب عدواناً . وصار كمن جلس فى ملـكه بعد النداء للجمعة ، وعثر به حيوان . فإنا لا نعلم قائلاً بالضمان ، مع أن الجلوس ممنوع منه .

قلت : ويمكن أن يقال بالضمان . ولو قلنا بإباحة ذلك له بناء على ماوجه به غير واحد من الأصحاب رواية الضمان ، إذا أوقف دابة فى طريق واسع : بأنه مشروط بسلامة العاقبة . وهذا كذلك ، لـكنه مخالف لأصولنا . والله أعلم .

ومنهـــا : إخراج الأجنحة والساباطات والخُشُب والحجارة من الجدُر إلى الطريق إذا لم يَضُرَّ به : هل يجوز ذلك أم لا ؟ نص الإمام أحمد — فى رواية أبى طالب ، وابن منصور ، ومهنا ، وغيرهم — أنه لايجوز ، ويضمن . ولم يعتبر إذن الإمام فى ذلك . كذا ذكر القاضى فى المجرد ، وصاحب المغنى .

وقال القاضى فى خلافه : الأكثرون يجوزون ذلك بإذن الإمام ، مع انتفاء الضرر . وفى شرح الهداية لأبى البركات ، فى كتاب الصلاة : إن كان لايضر بالمارة : جاز . وهل يفتقر إلى إذن الإمام ؟ على روايتين .

وأما الميازيب ، ومسايل المياه : فكذلك عند الأصحاب . وفى المغنى : احتمال بجوازه مطلقاً ، مع انتفاء الضرر . واختاره طائفة من المتأخرين .

وقال أبو العباس : إخراج الميازيب إلى الدرب النافذ : هو السنة .

وحيث قلنا بالجواز ـ إما مطلقاً ، أو بإذن الإمام ـ فلا ضمان . صرح به القائلون بالجواز .

ومنهـــا : أن سراية القود : غير مضمونة . فلو قطع اليد قصاصاً . فسرى إلى النفس : فلا ضمان . جزم به الأصحاب .

ومنهـــا : لو أريدت نفسه ، أو ماله ، أو حرمته : دفع عن ذلك بأسهل ما يعلم أنه يندفع به . قاله أبو محمد المقدسى ، والسامرى .

وقال فى الترغيب ، والمحرر : يدفعه بأسهل مايعلم أنه يندفع به .

واختار أبو محمد المقدسى وغيره : له دفعه بالأسهل . إن خاف أن يبدره . فإن قتل الدافع . فهو شهيد ، و إن قتل المدفوع : فلا ضمان فيه .

ولنا احتمال وجه ـ قاله فى الترغيب ـ إن أمكن المدفوع الخلاص من الدافع بدخول حصن ، أو صعود قلعة ، أو جبل ، أو الاختفاء بزحمة ، وماشا كل ذلك : لم يجز له دفعه بالقتل والضرب . جزم به صاحب المستوعب .

وسواء كان الصائل آدميا أو بهيمة . هكذا جزم الأصحاب به فى باب الصائل فيما وقفت عليه من كتبهم . وأنه حيث أبحنا له القتل فلا ضمان .

وقال أبو بكر عبد العزيز فى تنبيهه : إنه إذا قتل صيداً صائلاً : عليه الجزاء .

وذكر صاحب الترغيب فرعين .

أحدهما : لو حال بين المضطر و بين الطعام بهيمة لا تندفع إلا بالقتل : جاز له قتلها . وهل يضمنها ؟ على وجهين .

الفرع الثانى : لو تدحرج إناء من علو على رأسه ، فكسره . دفعاً عن نفسه بشىء تلقاه به : فهل يضمنه ؟ على وجهين . مع جواز دفعه .

وجزم صاحب الترغيب فى باب الأطعمة : أن المضطر إلى طعام الغير ـ وصاحبه مستغن عنه ـ إذا قتله المضطر فلا ضمان عليه . إذا قلنا بجواز مقاتلته . وحكى فى جواز المقاتلة وجهين .

قلت : والمنع قول ابن أبى موسى ، والجواز : قول أبى الخطاب ، والشيخ أبى محمد وغيرهما .

ونقل عبد الله عن أبيه : أنه كره المقاتلة .

فهذا مشكل . فإنه يلزمه ـ على قول أبى بكر ـ تخريج قول : أنه إذا قتل إنساناً صائلا عليه : أنه يضمنه كالصيد .

ثم وجدت الحارثى فى كتاب الغصب خرج ضمان الصائل على قول أبى بكر فى ضمان الصيد الصائل على المحرم .

ويلزم على الفرعين ـ اللذين ذكرهما صاحب الترغيب ـ : أنه يخرج لنا وجه : أنه إذا قتل المضطر صاحب الطعام المستغنى عنه : أنه يضمنه ، إلا أن يفرق بفرق مؤثر . فيمتنع التخريج . والله أعلم .

ومنهـــا : لو عض إنسان إنساناً . فانتزع يده من فيه ، فسقطت ثناياه ذهبت هدراً . هذا هو المذهب . وقال جماعة من الأصحاب : يدفعه بالأسهل فالأسهل . كالصائل .

ومنهـــا : لو نظر إنسان فى بيت إنسان . فحذف عينه ففقأها . فلا شيء عليه .

وقال بعض أصحابنا : وسواء كان الباب مفتوحاً ، أو نظر من خِصاص الباب ونحوه . وكان مغلوقاً ، ظاهر كلام الإمام أحمد : أنه يعتبر من هذا : أنه لا يمكنه دفعه إلا بذلك . وقال ابن حامد : يدفعه بالأسهل فالأسهل كالصائل .

وقال بعض أصحابنا : إذا كان فى الدار نساء من محارمه ، ولم يكنّ متجردات

ليس لصاحب الدار رميه . وخالف صاحب المغنى فى ذلك ، وقال : ولو خلت من نساء ، فحذف عينه ونحو ذلك : فهدر .

ولو كان أعمى وتسمع : لم يجز طعن أذنه . وأجازه ابن عقيل . وقال : لا ضمان فيه . هكذا ذكر الأصحاب الأعمى إذا تسمع . وحكوا فيه القولين .

والذى يظهر : أن المتسمع البصير يلحق بالناظر على قول ابن عقيل ، سواء كان أعمى أو بصيراً .

ومنهـــا : لو وطىء زوجته الكبيرة المحتملة للوطء وفتقها : فإنه لا يضمنها . جزم به فى الهداية ، والمغنى ، والترغيب ، والمستوعب ، وغيرهم .

وههنا مسألة مشكلة ، وهى : أن قضاء رمضان على التراخى . جزم به غير واحد من الأصحاب ، وعزاه فى الخلاف إلى نص أحمد . وذكره القاضى فى الخلاف فى الزكاة على الفور . واحتج بنصه فى الكفارة .

فعلى قول القاضى : لا إشكال . وعلى قول الجمهور : القضاء على التراخى . ومع هذا قالوا : إذا أمكنه القضاء فلم يقض ، فإنه يلزمه الإطعام لكل مسكين يوم .

ومقتضى ما تقرر من قاعدة المذهب : أنه لا يلزمه شىء . لكن روى الإطعام عن ابن عباس باسناد جيد . ورواه البيهقى بإسناد صححه عن أبى هريرة رضى الله عنه . ورواه مرفوعاً بإسناد ضعيف . وكذلك روى طائفة من الأصحاب .

مسألة ١٦ ـ إذا ظن المكلف أنه لا يعيش إلى آخر وقت العبادة الموسعة : تضيقت العبادة عليه . ولا يجوز تأخيرها عن الوقت الذى غلب على ظنه أنه لا يبقى بعده . لأن الظن مناط التعبد .

وقد استفدنا من هذا التعليل أن ذكر الوقت وقع على سبيل المثال . وأن الضابط فى ذلك : هو ظن الإخراج عن وقته بأى سبب كان .

إذا علمت ذلك . فمن فروع المسألة :

أن تعتاد المستحاضة انقطاع دمها فى وقت بعينه يتسع لفعل الصلاة . فإن الفرض يتضيق عليها . ذكره الأصحاب :

قلت : وقياسه أن تعتاد المرأة وجود الحيض فى أثناء الوقت من يوم معين . فإن الفرض يتضيق عليها .

ثم وجدت غير واحدٍ من الأصحاب صرح بجواز تأخير الصلاة فى الوقت الموسّع ، مالم يظن مانعاً من الفعل . كموتٍ وقتل وحيض ونحوه . وكذا من يقدر على شرطها فى أول الوقت ، دون آخره . ليس له تأخيرها عند وجود الشرط .

ونقل بعض أصحابنا الإجماع على إثم من أخر الواجب الموسع مع ظن مانع من موت أو غيره . ونقل بعضهم : يأثم مع عدم ظن البقاء إجماعاً .

فإذا فعل المكلف العبادة — مع ظن المانع — فلا كلام . وأما إذا لم يبادر ، وبان له خطأ ظنه ، بأن عاش . ففعل بعد الوقت الذى ظنه . فقال القاضيان — أبو بكر ، والحسين — : يكون مافعله قضاء . وقال أصحابنا وغيرهم : إذا كان ظنه قد بان خطأ

إذا علمت ذلك . فمن فروع المسألة عدة :

إذا باع مال أبيه ، يظن حياته ، ثم بان ميتاً . فهل يصح البيع أم لا ؟ فى المسألة قولان . وقيل : روايتان . مدركهما ما ذكرنا . وكذلك إذا باع مال غيره يظن أنه لم يوكل فيه . ثم بان أنه وكل فيه . ففى صحة البيع وجهان .

ومنهـــا : إذا طلّق امرأته . يظنها أجنبية . فبانت زوجته : هل تطلق أم لا ؟ فى المسألة روايتان .

ومنهـــا : لو لقى امرأة فى الطريق . فقال : تَنَحَّىْ ياحُرة . فإذا هى أمته . ففيها الخلاف أيضاً . ونص أحمد على ذلك . وفى المغنى : احتمال بالتفريق . لأن هذا يقال كثيراً فى الطريق .

ومنهـــا : لو أمره غيره باعتاق عبد يظن أنه للآخر ، فتبين أنه عبده . هل يعتق أم لا ؟ قال صاحب التلخيص : يحتمل تخريجه على من أعتق عبداً فى

ظلمة . ثم تبين أنه عبده ، لكن يرجع هنا على الآمر بالقيمة لتغريره له . و يحتمل أن لا ينفذ لتغريره ، بخلاف ما إذا لم يغره أحد . فإنه غير مغرور . فينفذ عتقه لمصادفته ملكه . إذ المخاطبة بالعتق لعبد الغير شبيهة بعتق الهازل والمتلاعب . فينفذ . وكذا فى الطلاق .

قال شيخنا : ونظير هذا فى الطلاق : أن يوكل شخصا فى تطليق زوجته ، و يشير إلى امرأة معينة . فيطلقها ظاناً أنها امرأة الموكل ، ثم يتبين أنها امرأته .

ومنهـــا : لو اشترى آبقاً يظن أنه لا يقدر على تخليصه . فبان بخلاف ذلك . فهل يصح العقد أم لا ؟ فى المسألة وجهان . لاعتقاده فَقْدَ شرط الصحة وهو موجود فى الباطن .

وفى المغنى احتمال ثالث بالفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع ، فيفسد البيع فى حقه . لأنه متلاعب ، و بين من لا يعلم ذلك . فيصح . لأنه لم يقدم على ما يعتقده باطلا . وقد تبين وجود شرط الصحة .

فبهذا تبين أن للمسألة التفاتاً إلى مسألة بيع الهازل ، والمشهور بطلانه . وهو قول القاضى . وقال أبو الخطاب فى انتصاره : هو صحيح .

ومنهـــا : لو وطىء زوجته ظانا أنها أجنبية . فهل تحل لمن طلقها ثلاثا ، أم لا ؟ فى المسألة قولان . المذهب : أنها تحل ، و يأثم على نيته .

ومنهـــا : إذا صلى خلف شخص يظنه غير مبتدع ــ وقلنا : لا تصح إمامته ــ فبان بعد الصلاة مبتدعا : أعاد . ذكره فى الفصول . لأن المبتدع لا يؤم ، بخلاف المحدث . فإن المتيمم يؤم .

ومنهـــا : لو ظن سجود سهو فسجد ، ثم تيقن أن لا سهو . قال فى التلخيص : يسجد سجدتى السهو لزيادة السجدتين . ولنا وجه : لا سجود فيه .

ومنهـــا : إذا حمل نجاسة ظانا أنها من الطاهرات ، ثم تبين له أنها

نجاسة : هل تلزمه إعادة أم لا ؟ فى المسألة روايتان . بناء على الروايتين فيمن صلى ثم وجد عليه نجاسة بعد الصلاة لم يكن علم بها .

ومنهـــا : لو دعا امرأة محرمة عليه فأجابه غيرها . فوطئها يظنها المدعوة . فعليه الحد ، سواء كانت المدعوة ممن له فيها شبهة ـ كالجارية المشتركة ـ أو لم تكن . جزم به صاحب المغنى . لأنه لايعذر بهذا . قال : كما لو قتل رجلا يظنه ابنه . فبان أجنبيا .

ومنهـــا : لو قتل من يظنه ـ أو يعلمه ـ ذمياً أو عبداً . فبان : أنه قد عتق ، أو أسلم . أو قتل رجلا يظنه قاتل أبيه ، فلم يكن : فهل يجب القود أم لا ؟ فى المسألة قولان . المذهب : وجو به .

فعلى المذهب : لو ظنه ـ أو علمه ـ مرتداً . فبان أنه قد أسلم . ففى وجوب القود قولان .

ومنهـــا : لو رمى شيئاً يظنه حجراً . فإذا هو صيد . فهل يحل أم لا ؟ المذهب : أنه لايحل . وأبدى أبو الخطاب احتمالا بالحل . واختاره الشيخ أبو محمد. قال : ولو شك ، هل هو صيد أم لا ؟ أو غلب على ظنه أنه ليس بصيد : لم يبح . قال فى الترغيب : ولو سمع حسا يظنه آدميا فصادف صيداً . فهو حرام .

قلت : ولم يذكر فيها احتمال أبى الخطاب فيما إذا ظنه حجراً فإذا هو صيد . و يمكن الفرق بينهما بإباحة رمى الحجر إذا ظنه حجرا دون رمى الآدمى .

ومنهـــا : إذا غلب على ظنه أن صلاته قد تمت . فتكلم ، ثم تبين أنها لم تتم ، فثلاث روايات . ثالثتها : تبطل صلاة المأموم دون الإمام . هذا أحد الطريقين للأصحاب .

ومنهـــا : لو أكل يظن ـ أو يعتقد ـ أنه ليل . فبان نهاراً فى أوله أو آخره . فهل يجب القضاء أم لا ؟ المذهب : وجوب القضاء .

وحكى صاحب الرعاية رواية : لا قضاء على من جامع يعتقده ليلا فبان نهاراً . واختاره أبو العباس .

واختار صاحب الرعاية : إن أكل يظن بقاء الليل فأخطأ ، لم يقض لجهله . و إن ظن دخوله فأخطأ : قضى .

ومنها : إذا بلع مال غيره ـ وقلنا يشق جوفه مطلقاً ـ فظنه له . فبان لغيره . فهل يشق جوفه ؟ فيه وجهان .

ومنها : لو صلوا صلاة الخوف لشيء ظنوه عدوا . فبان ليس بعدو . هل تلزمهم الإعادة أم لا ؟ المذهب : تلزمهم .

وقيل : لا تلزمهم . وحكاه ابن هبيرة رواية عن الإمام أحمد .

و إن بان بينهم و بينه مانع ، أعادوا على المذهب ، كما لو ترك غسل رجليه ومسح على خفيه ، ظنا منه أن ذلك يجزىء . فبانا مخرقين ، وكما لو ظن المحدث أنه متطهر فصلى . ثم بان محدثا . وأبدى صاحب المغنى احتمالا بعدم الإعادة .

و إن بان ، ولكن يقصد غيرهم فلا إعادة فى أصح القولين ، كما لا يعيد من خاف عدوا فى تخلفه عن رفيقه . فصلاها ، ثم بان أمن الطريق .

ومنها : لو رأى سواداً . فظنه عدواً أو سبعاً . فتيمم وصلى . ثم بان بخلافه . فهل تلزمه الإعادة ؟ فيه وجهان . ذكرهما أبو البركات وغيره . وصحح عدم الإعادة لكثرة البلوى بذلك فى الأسفار ، بخلاف صلاة الخوف . فإنها نادرة فى نفسها . وهى كذلك أندر .

ومنها : لو حلف على شيء يظنه . فبان بخلافه . فهل يحنث أم لا ؟ فى المسألة روايتان . قال جماعة من أصحابنا : إن محل الروايتين فى غير الطلاق والعتاق . فيحنث فيهما جزماً .

وقال أبو العباس : الخلاف فى مذهب أحمد جارٍ فى الجميع قال : وكذلك

لو خالع وفعل المحلوف عليه ، معتقداً أن الفعل بعد الخلع لم تتناوله يمينه ، أو فعل المحلوف عليه ، معتقداً زوال النكاح ، ولم يكن كذلك .

ومنهـــا : لو أسلم كافر . ولم يعلم بوجوب الصلاة والصيام عليه ، ثم علم بعد مدة . فهل يجب عليه قضاء ماترك من الصلاة والصيام قبل علمه أم لا ؟ فى المسألة قولان . المذهب : لزوم الإعادة .

وذكر القاضى قولا آخر : لا إعادة عليه . واختاره أبو العباس . قال : والقولان فى كل من ترك واجباً قبل بلوغ الشرع . كمن لم يتيمم لعدم الماء ، لظنه عدم الصحة به ، أو لم يترك ، أو أكل حتى تبين له الخيط الأبيض من الخيط الأسود لظنه ذلك ، أولم تصل مستحاضة ، ونحو ذلك . الأصح : لاقضاء ولا إثم اتفاقاً إذا لم يقصر

ومن أصحابنا من فصل بين الحربى وغيره . فقال : الحربى لايلزمه إعادة ، ويلزم غيره .

وللمسألة التفات إلى أصل آخر . وهى : أن الشرائع هل تلزم قبل العلم أم لا ؟ فى المسألة قولان لنا . ذكرهما أبو العباس .

ومنهـــا : لو نسى الماء وتيمم . فإنه تلزمه الإعادة إذا بان له الخطأ . على أصح الروايتين . وكما لو نسى الرقبة وكفر بالصوم . وخرج فيها بعض المتأخرين رواية من مسألة الماء .

ومنهـــا : لو صلى خلف من يظنه طاهراً من الأحداث . فبان محدثاً وجهل هو والمأموم حتى فرغت الصلاة . فلاإعادة على المأموم . فى أصح الروايتين

وعن الإمام أحمد رواية فى لزوم الإعادة كالإمام . اختارها أبو الخطاب فى انتصاره

ومنهـــا : لو قال لزوجته : إن خرجت بغير إذنى فأنت طالق ، ثم أذن لها . فخرجت ظناً أنه لم يأذن . فهل تطلق أم لا ؟ فى المسألة وجهان . المذهب المنصوص : أنها تطلق . لأن المحلوف عليه قد وجد ، وهو خروجها على وجه المشاقة والمخالفة . فإنها أقدمت على ذلك .

ومنهـــا : لو وكل شخصاً فى التصرف فى شيء ، ثم عزله . ولم يعلم الوكيل بالعزل ، أو مات الموكل . ثم تصرف الوكيل بعد ذلك ، بناء على الوكالة المتقدمة : هل يصح تصدقه أم لا ؟ فى المسألة روايتان . المذهب الذى اختاره الأكثر : أنه لا يصح . وذكر أبو العباس وجهاً بالفرق بين موت الموكل وعزله حينئذ . فينعزل بالموت لا بالعزل .

قال القاضى أبو يعلى : محل الروايتين فيما إذا عزله الموكل ، وفيما إذا كان الموكل فيه باقياً فى ملك الموكل . أما إن أخرجه من ملكه بعتق أو بيع : فتنفسخ الوكالة بذلك . وجزم به .

وفرق القاضى بين موت الموكل : أنه لا ينعزل الوكيل على رواية ، و بين إخراج الموكل فيه من ملك الموكل بعتق أو بيع : أنه ينعزل جزماً بأن حكم الملك فى العتق والبيع قد زال . وفى موت الموكل : السلعة باقية على حكم ملكه .

قال أبو العباس : فى هذا نظر . فإن الانتقال بالموت أقوى منه بالبيع والعتق . فإن هذا يمكن الموكل الاحتراز منه . فيكون بمنزلة عزله بالقول . وذاك زال بفعل الله تعالى .

ومنهـــا : إذا أذن المرتهن للراهن فى التصرف ، ثم رجع قبل تصرف الراهن . ولم يعلم بذلك حتى تصرف : هل ينفذ أم لا ؟ فإنه يخرج على الروايتين فى مسألة الوكيل .

ومنهـــا : لو لم يعلم وجود الأقرب فى أولياء النكاح ، حتى زوج الأبعد : فهل يصح النكاح أم لا ؟ يقتضى كلام صاحب الكافى : تخريج المسألة على الروايتين فى انعزال الوكيل قبل علمه بالعزل .

ورجح أبو العباس وشيخنا : الصحة هنا .

وقد يقال : كلام صاحب الكافى ليس فى هذه الصورة . لأنه إنما ذكر الخلاف فيما إذا كان الأقرب فاسقاً أو مجنوناً ، وعادت ولايته بزوال المانع .

فزوج الأبعد من غير علم بعود ولاية الأقرب . وإذا لم يعلم الولى بالأقرب بالكلية : فلم يتعرض لها .

وقد يفرق بينهما بأن النسب الأقرب إذا لم يعلم ولم ينسب الأبعد إلى تفريط . فهو غير مقدور على استئذانه . فيسقط بعدم العلم . كما يسقط بالأبعد . لأنه حينئذ غير منسوب إلى تفريط . بخلاف ما إذا كان الأقرب فيه مانع زوال . فإن الأبعد ينسب إلى تفريط ، إذا كان يمكنه حالة العقد معرفة حال الأقرب . والله أعلم .

ومنهـــا : الحاكم هل ينعزل قبل علمه بالعزل أم لا ؟ قال القاضى ، وأبو الخطاب : فيه الخلاف الذى فى الوكيل . وفى التلخيص : لا ينعزل قبل العلم بغير خلاف . ورجحه أبو العباس ، لأن فى ولايته حقاً لله .

وإن قيل : إنه وكيل . فهو شبيه بنسخ الأحكام . لا تثبت قبل بلوغ الناسخ . على الصحيح . بخلاف الوكالة المحضة .

ومنهـــا : عقود المشاركات ـ كالشركة ، والمضاربة ـ المشهور فى المذهب : أنها تنفسخ قبل العلم . كالوكالة . وقال ابن عقيل : الأليق بمذهبنا فى المضاربة والشركة : لا تنفسخ بفسخ المضارب . حتى يعلم رب المال والشريك ، لأنه ذريعة إلى عامة الإضرار . وهو تعطيل المال عن الفوائد والأرباح .

ومنهـــا : لو احتال على شخص ظنه مليئاً ، ورضى بالحوالة . ثم بان مفلساً ، أو ميتاً : فهل يرجع على المحيل أم لا ؟ فى المسألة روايتان . المذهب : لا يرجع . وإن لم يرض رجع قولاً واحداً .

ومنهـــا : لو غصب طعاماً من إنسان . ثم أباحه له المالك . ثم أكله الغاصب غير عالم بالإذن . فهل يضمن أم لا ؟ ذكر أبو الخطاب فى انتصاره أنه يضمن .

قال شيخنا أبو الفرج ، والصواب : الجزم بعدم الضمان . لأن الضمان لا يثبت بمجرد الاعتقاد فيما ليس بمضمون ، كمن وطىء امرأة يظنها أجنبية فبانت زوجته .

فإنه لا مهر عليه ولا غيره . وكما لو أكل فى الصوم يظن أن الشمس لم تغرب . فبان أنها غربت . فإنه لا يلزمه القضاء .

ومنها : لو أنفق على المطلقة البائن يظنها حاملاً . ثم بانت حائلا . فهل يرجع بالنفقة أم لا ؟ فى المسألة روايتان . والمذهب : الرجوع .

وذكر صاحب الوسيلة من أصحابنا : أنه إذا نفى الولد باللعان . هل يرجع عليها بالنفقة ؟ على روايتين . ولو لم ينفق عليها يظنها حائلا . ثم بانت حاملاً : رجعت عليه فى أصح الروايتين .

ومنها : إذا مسّ المحرم طيبا يظن أنه يابساً لا يعلق بيده . فبان رطباً . ففى وجوب الفدية عليه وجهان . ذكرهما أبو محمد وغيره .

ومنها : الملاعنة . إذا أنفقت على الولد ثم استلحقه الملاعن . رجعت عليه . ذكره صاحب المغنى . قال : لأنها إنما أنفقت عليه لظنها أنه لا أب له .

ومنها : إذا قلنا بشرط الشهادة فى النكاح ، ويكفى مستور الحال . فعقد العقد بمستورى الحال . ثم تبين – بعد العقد – أنهما كانا فاسقين حالة العقد . فهل يتبين أن العقد لم ينعقد أم لا ؟ قال القاضى ، وابن عقيل : تبين أن النكاح لم ينعقد . وقال صاحب المغنى : ينعقد لوجود شرط النكاح ظاهراً .

منها : لو ظن دخول وقت الصلاة فصلى . ثم بان أن الوقت لم يدخل . فهل تلزمه الإعادة أم لا ؟ جزم الأصحاب بوجوب الإعادة .

ومنها : لو ظن أن عليه زكاة فأخرجها . ثم بان أنه لا شيء عليه . قال القاضى : لا يرجع . ويأتي تخريجه فيما بعد فى قاعدة إذا أبطل العموم . هل يبطل الخصوص ؟ .

ومنها : إذا اشتبهت الأشهر على الأسير . فيتحرى ويصوم شهراً . فلو تحرى وصام شهراً ، فبان قبل رمضان . فهل تلزمه الإعادة أم لا ؟ نص الإمام أحمد على لزوم الإعادة . وجزم به الأصحاب .

ومنهـــا : إذا خفيت عليه القبلة فى السفر . فإنه يتحرى ولا تلزم الإعادة إذا بان له الخطأ .

وخرج ابن عقيل رواية بالإعادة من إحدى الروايتين إذا بان آخذ الزكاة غنياً ، وظنه فقيراً .

وفرق الأصحاب بين القبلة و بين الوقت وأخذ الزكاة بأنه يمكنه اليقين فى الصلاة والصوم : بأن يؤخر . وفى الزكاة : بأن تدفع إلى الإمام .

ومنهـــا : إذا أكمل الصائمون عدة شعبان ، على ظن بقائه ، ثم كذب ظنهم فى النهار . وجب القضاء ، خلافاً لأبى العباس . و يلزمهم الإمساك جزماً .

ومنهـــا : إذا أكمل الحاج ذا القعدة . ووقفوا فى التاسع من ذى الحجة . بناء على ظنهم . فاختلف ظنهم بأن وقفوا العاشر ، أو الثامن : أجزأ . نص عليه . و إن فعله عدد يسير . قاله فى الانتصار . وفى الكافى ، والمحرر : فقد فاته الحج .

ومنهـــا : لو وطىء أمة يظنها مملوكته ، أو حرة يظنها زوجته . فأخلف ظنه : وجبت العدة ومهر المثل .

ومنهـــا : لو ظن — من خفيت عليه القبلة — جهة باجتهاده . وصلى إلى غيرها . ثم بان هى القبلة — أى التى صلى إليها بغير القبلة — فهل تلزمه الإعادة أم لا ؟ المذهب : لزوم الإعادة ، لتركه الواجب . ولنا قول : لا إعادة عليه .

ومنهـــا : لو ظن الأسير أن الشهر لم يدخل ، فصام . ثم تبين أن الذى صامه : هو شهر رمضان . هل يجزئه أم لا ؟ جزم الأصحاب بأنه لا يجزئه ، و يخرج فيها وجه من التى قبلها .

ومنهـــا : لو ظن كفر شخص أو حدثه فائتم به . فبان خلافه : لزمه الإعادة . ذكره الأصحاب محل وفاق .

ومنهـــا : لو دفع الزكاة إلى من يظنه مستحقاً لها . فبان غنياً : هل

يجزيه أم لا ؟ فى المسألة روايتان . المذهب :الإجزاء للمشقة ، لخفاء ذلك عادة . واختار الآجرى ، وصاحب المحرر ، وغيرهما : عدم الأجزاء .

و إن بان الآخذ كافراً ، أو عبداً ، أو من ذوى القربى . فطريقان للأصحاب . إحداهما : هو كالغنى . والثانية : لايجزيه قطعاً .

و إن بان الآخذ نسيباً للدافع الذى لايجوز له الدفع إليه : فكذلك عند أصحابنا . والمنصوص عن أحمد : أنه يجزى . واختاره صاحب المحرر .

و إن بان الآخذ عبد رب المال : لم يجزئه ، وجهاً واحدا ؟ لأنها لم تخرج من ملكه .

ومنهـــا : لو دفع الزكاة إلى من يظنه غير أهل للزكاة ، فبان أهلا لها : لم يجزئه . جزم به الأصحاب . و يخرج فيها وجه .

ومنهـــا : ماسئل عنه الإمام أحمد : عن إمام صلى بقوم العصر . فظنها الظهر ، وطول القراءة . ثم ذكر ؟ فقال : يعيد . و إعادتهم تبنى على اقتداء مفترض بمتنفل .

ومنهـــا : لو أحرم بفرض من رباعية . ثم سلم من ركعتين يظنها جمعة ، أو فجرا ، أو التراويح . ثم ذكر : بطل فرضه ، ولم يبن . نص عليه . وأبدى بعض المتأخرين تخريجا بالبناء مما إذا سلم ظانا تمام صلاته ، ولم تكن تمت .

ومنهـــا : لو حكم بشاهدين ـ ممن يشرع الحكم بشهادتهما ظاهراً ـ ثم بانا كافرين ، أو فاسقين : فهل ينقض الحاكم حكمه أم لا ؟ إن بانا كافرين نقض جزما . و إن بانا فاسقين فروايتان . المذهب : النقض .

ورجح ابن عقيل فى الفنون : عدمه . وجزم به القاضى فى كتاب الصيد من خلافه والآمدى . لئلا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد .

ومنهـــا : لو توضأ بما يجوز له الطهارة به طاهراً ، ثم بان نجسا . فهل تلزمه إعادة أم لا ؟ نقل الجماعة عن الإمام أحمد : لزوم الإعادة .

وقال صاحب الرعاية : لا إعادة عليه ، إن لم نقل : إزالة النجاسة شرط .

قلت : وما قاله ضعيف جداً .

ومنهــا : لو ظن ولى الدم أنه اقتص من الجانى فى النفس . فلم يكن ودواه حتى برئ . فإن شاء الولى دفع إليه ديته ، فعله . وقتله ، وإلا تركه .

هذا رأى عمر ، وعلى ، ويعلى بن أمية رضى الله عنهم . ذكره الإمام عنهم .

وقريب من هذا الأصل : هل يعتبر ما فى نفس الأمر ، أو يعتبر المأمور ظاهراً ؟ لنا فى المسائل قولان .

ومنهــا : إذا اشتبه عليه الماء الطاهر بالطهور : فمذهبنا يتوضأ بينهما وضوءا واحداً . وقيل : من كل واحدٍ وضوءاً كاملا .

فلو ترك فرضه وتوضأ من واحد فقط ، ثم بان مصيباً . فهل تلزمه الإعادة أم لا ؟ المذهب : لزوم الإعادة . وقال القاضى أبو الحسين : لا إعادة عليه .

ومنهــا : لو صلى من اشتبهت عليه القبلة من غير اجتهاد ولا تقليد ، ثم بان مصيباً : فهل تلزمه الإعادة أم لا ؟ فى المسألة قولان . المذهب : لزوم الإعادة.

ومنهــا : لو تزوجت امرأة المفقود قبل الزمان المعتبر . ثم تبين : أنه كان ميتاً ، أو أنه طلقها قبل ذلك بمدة تنقضى فيها العدة : فهل يصح النكاح أم لا ؟ فى المسألة قولان . ذكرهما القاضى . ورجح صاحب المغنى : عدم الصحة .

ومنهــا : لو ارتابت المعتدة . فإنها لا تزال فى عدة حتى تزول الريبة

فلو انقضت عدتها وبقيت مرتابة ، ثم تزوجت قبل زوال الريبة ، وبان أن لا حمل : فهل يصح نكاحها أم لا ؟ فى المسألة قولان . والصحيح من المذهب : لا يصح .

ومنهــا : لا يصح اقتداء الرجل ولا الخنثى بالخنثى فى الصلاة . فإن صلى خلف من يعلمه خنثى ، ثم بان بعد الصلاة رجلا : لزمته الإعادة على الصحيح .

وفيه وجه : لا يعيد إذا علمه خنثى ، أو جهل إشكاله .

ومنهـــا : لو شك ماسح الخف فى بقاء المدة . فإنه لا يمسح . فإن مسح فبان بقاء المدة : ففى صحة وضوئه وجهان . المذهب : الصحة .

القـــاعدة ١٧ ـ «مالا يتم الواجب إلا به» للناس فى ضبطه طريقان

إحداهما ـ وهى طريقة الغزالى ، وأبى محمد المقدسى ، وغيرهما ـ : أنه ينقسم إلى غير مقدور ـ كالقدرة والأعضاء ـ و إلى فعل غيره ـ كالإمام ، والعدد فى الجمعة ـ فلا يكون واجباً .

و إلى ما يكون مقدوراً له : كالطهارة ، وقطع المسافة إلى الجمعة والمشاعر . فيكون واجباً .

قال أبو البركات : وهذا ضعيف فى القسم الأول . إذ لا واجب هناك . وفى الثانى : باطل باكتساب المال فى الحج والكفارات ونحو ذلك .

الطريقة الثانية : أن ما لا يتم الوجوب إلا به : فليس بواجب . كالقسم الأول . وكالمال فى الحج والكفارات .

وما لا يتم الواجب إلا به ، فهو واجب مطلقا . وهذه طريقة الأكثرين من أصحابنا وغيرهم .

قال أبو البركات : وهى أصح ، وسواء كان « شرطا » وهو مايلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولاعدم . أو « سبباً » وهو ما يلزم من وجوده الوجود ، ومن عدمه العدم .

وقال بعض الأصوليين : يكون أمراً بالسبب دون الشرط .

وقال بعضهم : لا يكون أمراً بواحد منهما . حكاه ابن الحاجب فى المختصر الكبير . واختاره فى مختصره المعروف فى « الشرط » أنه إن كان شرطا شرعياً وجب . و إن كان عقلياً أو عادياً : فلا .

إذا علمت ذلك ، فيتفرع على هذه القاعدة فروع كثيرة .

منهـــا : هل يجب على الصائم إمساك جزء من الليل أم لا ؟ فى

المسألة قولان . قال ابن الجوزى : أصحهما لا يجب . وقطع جماعة بوجوبه . وذكره ابن عقيل فى الفنون ، وأبو يعلى الصغير ، وفاقا فى صوم ليلة الغيم . وذكره القاضى فى الخلاف فى النية من الليل ظاهر كلام أحمد ، وأنه مذهبنا .

ومنها : إذا اشتبهت زوجته بأجنبية . فيجب عليه الكف عن الجميع . ومثله : لو اشتبهت محرمة بأجنبيات محصورات بعشر . فهل له أن ينكح واحدة منهن أم لا ؟ فى المسألة وجهان .

أحدهما : الجواز ، كالقبيلة الكبيرة . والثانى : المنع لدون العشر .

وحيث قلنا بالجواز . فهل يلزمه التحرى أم لا ؟ فى المسألة وجهان .

قال بعض متأخرى أصحابنا : يتوجه مثل هذه المسألة فى اشتباه الميتة بالمذكاة .

قال الإمام أحمد ـ رضى الله عنه ـ أما شاتان : فلا يجوز . فأما إذا كثر : فهذا غير هذا .

ونقل الأثرم أنه قيل للإمام أحمد : فثلاثة ؟ قال : لا أدرى .

ومنها : إذا اشتبه الماء الطاهر بالنجس . فهل يجوز له التحرى أم لا ؟ إن كان النجس مساوياً للطاهر ، أو أكثر : فلا يجوز له التحرى . ويجب عليه الكف عنه ، بلا خلاف . صرح به غير واحد من الأصحاب .

وإن كثر عدد الطاهر : فهل يجوز له التحرى أم لا ؟ المذهب : عدم الجواز .

ولنا رواية بالجواز . وهى ظاهر كلامه فى رواية المروذى . واختارها أبو بكر ، وابن شاقلا ، وأبو على النجاد . وصححها ابن عقيل .

وهل يكتفى بمطلق الزيادة ، أو يعتبر ذلك بعشرة أوان طاهرة ، منها واحد نجس ، أو عشرة طاهرة وواحد نجس . وبما هو كثير عادة وعرفا ؟ فيه أقوال للأصحاب .

ومنها : إذا اشتبه عليه الماء الطاهر بالطهور : فإنه يلزمه استعمالها لتبرأ ذمته بيقين . وهل يتوضأ وضوءاً كاملا من كل واحد منهما ، أو منهما وضوءاً واحداً ؟ فى المسألة وجهان .

ومنهـــا : إذا اشتبهت الثياب الطاهرة بالنجسة : فإنه يلزمه أن يصلى بعدد النجس ، ويزيد صلاة ، وينوى بكل صلاة الفرض . نص على ذلك الإمام أحمد . ولا يتحرى .

وقال ابن عقيل : يتحرى إذا كثرت الثياب النجسة للمشقة . وقال فى فنونه ومناظراته : يتحرى مطلقا .

وخرج أبو الخطاب وغيره على منصوص الإمام أحمد فى الثياب المشتبهة : وجوب الصلاة إلى أربع جهات . وهو رواية فى التبصرة . قال القاضى وغيره : الأمر بذلك أمر بالخطأ . فلهذا أمر بالاجتهاد .

ومنهـــا : لو غصب زيتاً فخلطه بمثله . هل يجوز له التصرف فيه أم لا ؟ قال الإمام أحمد ، فى رواية أبى طالب : هـذا قد اختلط أوله وآخره . وأعجب إلى : أن يتنزه عنه كله . يتصدق به . وأنكر قول من قال : يخرج منه قدر ما خالطه .

واختار ابن عقيل فى فنونه : التحريم . لامتزاج الحرام بالحلال واستحالة انفراد أحدهما عن الآخر . وعلى هذا بنى على أنه اشتراك .

وعن أحمد رواية أخرى : أنه استهلاك . فيخرج قدر الحرام ، ولو من غيره . قاله شيخنا .

ومنهـــا : الأكل من مال من فى ماله حرام . هل يجوز أم لا ؟ فى المسألة أربعة أقوال .

أحدها : التحريم مطلقاً . قطع به شرف الإسلام عبد الوهاب بن أبى الفرج فى كتابه : المنتخب . قبيل باب الصيد . وعلل القاضى وجوب الهجرة من دار الحرب بتحريم الكسب عليه هناك . لاختلاط الأموال . لأخذهم المال من غير جهته . ووضعه فى غير حقه .

وقال الأزجى فى نهايته : هذا قياس المذهب ، كما قلنا فى اشتباه الأوانى الطاهرة بالنجسة . وقدمه أبو الخطاب فى انتصاره .

وقال ابن عقيل فى فنونه ــ فى مسألة اشتباه الأوانى ــ وقد قال الإمام أحمد : لايعجبنى أن يأكل منه . وسأل المروذى أبا عبد الله عن الذى يعامل بالربا يؤكل عنده ؟ قال : لا . قد لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا وموكله . وقد أمر النبى صلى الله عليه وسلم بالوقوف عند الشبهة .

والقول الثانى : إن زاد الحرام على الثلث حرم الكل . وإلا فلا . قدمه فى الرعاية . لأن الثلث ضابط فى مواضع .

والثالث : إن كان الأكثر الحرام حرم ، وإلا فلا ، إقامة للأكثر مقام الكل . قطع به ابن الجوزى فى المنهاج .

نقل الأثرم وغير واحد عن الإمام أحمد ــ فيمن ورث مالا فيه حرام ــ : إن عرف شيئاً بعينه رده . وإن كان الغالب على ماله الفساد تنزه عنه ، أو نحو هذا .

ونقل عنه حرب فى الرجل يخلف مالا : إن كان غالبه نهباً أو ربا ينبغى لوارثه أن يتنزه عنه ، إلا أن يكون لا يعرف .

ونقل عنه أيضاً : هل للرجل أن يطلب من ورثة إنسان مالاً مضاربة ينفعهم وينتفع ؟ قال : إن كان غالبه الحرام فلا .

الرابع : عدم التحريم مطلقاً . قَلَّ الحرام أو كثر ، لكن يكره . وتقوى الكراهة وتضعف بحسب كثرة الحرام وقلته . جزم به فى المغنى . وقاله ابن عقيل فى فصوله وغيره . وقدمه الأزجى وغيره .

ومنها : لو طلق إحدى زوجتيه ، ولم ينو معينة : حرمتا إلى البيان . وبماذا يحصل ؟ روايتان . المذهب : بالقرعة . والثانية : بتعيينه . فعليهما : هل وطؤه تعيين أم لا ؟ فى المسألة وجهان . والذى ذكره القاضى : أنه ليس بتعيين .

ومنها : لو طلق معينة ونسيها ، أو قال : إن كان هذا الطائر غرابا

فهذه طالق ، و إن لم يكن فهذه . وجهل . فعن الإمام أحمد روايتان .

إحداهما : يجتنبها حتى يتبين . بناء على القاعدة . اختاره الشيخ أبو محمد .

والثانية ـ نقلها الجماعة ، واختارها أكثر الأصحاب ـ : أنها تخرج بالقرعة .

ومنهـــا : لو قال الزوج : إن كان هــذا الطائر غراباً فزوجتى طالق ثلاثاً . وقال الآخر : إن لم يكن غراباً فزوجتى طالق ثلاثاً . ولم يدر ما الطائر ؟ وجب الكف فى أصح الوجهين .

ومنهـــا : الذبيحة فى بلدة فيها مجوس وعبدة أوثان يذبحون : فلا يجوز أكلها . و إن جاز أن تكون ذبيحة مسلم . وكذلك إن كان فيهـا أخلاط من المسلمين والمجوس . للحديث المتفق عليه « إذا أرسلت كلبك فخالط كلاباً لم تسم عليها . فلا تأكل . فإنك لا تدرى : أيَّها قتله ؟ »

فأما إن كان ذلك فى بلد الإسلام : فالظاهر إباحتها ، لأن المسلمين لايقرون فى بلدهم مالا يحل بيعه ظاهراً . قاله فى المغنى .

ومنهـــا : لو نسى صلاة من خمس . فهل يلزمه قضاء الخمس أم لا ؟ المذهب عندنا : لزوم قضاء الخمس . و ينوى بكل واحـدة الفرض . وعنه يلزمه مغرب وفجر ور باعية . بناء على أن نية التعيين لا تشترط .

ومنهـــا : لو اختلط موتى المسلمين بموتى الـكفار . فإنه يغسل الجميع و يكفنون ، و يصلى عليهم ، سواء كان من يصلى عليه أكثر أو أقل ، وسواء دار الحرب وغيرها : صلى على الجميع . ينوى بالصلاة المسلم .

وعن أحمد رواية أخرى : إن اختلط المسـلمون بالـكفار فى دار الحرب فلا صلاة . حكاها القاضى فى شرحه الصغير . والمذهب : الأول . وأما دفنهم : فقال الإمام أحمد : إن قدروا دفنوهم منفردين ، و إلا مع المسلمين .

ومنهـــا : غسل المرفقين فى الوضوء . والمذهب عندنا : وجو به وعن الإمام أحمد رواية أخرى : لايجب .

ومنها : لو خلق له يدان ، وكانتا متساويتين ، ولم يعلم الأصلية منهما : فإنه يجب عليه غسلهما .

ومنها : لو خفي عليه موضع النجاسة : لزمه غسل مايتيقن به إزالتها

ومنها : لو كان تحت أظفاره وسخ يسير ، يمنع وصول الماء إلى ما تحته . فإنه لا تصح طهارته حتى يزيله .

ولنا وجه : أنه تصح طهارته ولو لم يزلْهُ . واختاره أبو العباس . وعزاه إلى كل يسير يمنع وصول الماء حيث كان ، كدم وعجين .

ومنها : المبتدأة ، إذا قلنا ــ على المذهب ــ إنها تجلس يوماً وليلة : لم يجز لزوجها وطؤها بعد اليوم والليلة قبل انقطاع الدم . نص عليه الإمام أحمد . وهو المشهور عند الأصحاب ، بناء على القاعدة . وذكر في الرعاية رواية : بالكراهة . وذكر ابن الجوزي في إباحته روايتين .

وقال صاحب المستوعب وغيره : هي في الوطء كالمستحاضة .

ودليل جواز الوطء : لأنه الأصل . ويحتمل أن يكون هذا حيضا ، وأن لا يكون حيضاً . فلا نحرمه بالشك . وتؤمر بالعبادة بعد اليوم والليلة احتياطاً .

ومنها : لو قال : آخر مملوك أشتريه فهو حر . وقلنا ــ على المذهب ــ بصحة التعليق . فملك أمة ، ثم ملك أخرى . فإنه لايجوز له وطء الثانية . لاحتمال أن لايشتري غيرها . ذكره الأصحاب .

ومنها : لو قال لزوجته : أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر . جزم بعض أصحابنا بتحريم وطئها من حين عقد الصفة . وقال في المستوعب : وقد قال بعض أصحابنا : إنه يحرم عليه وطؤها من عقد هذه الصفة إلى حين موته . لأن كل شهر يأتي يحتمل أن يكون شهر وقوع الطلاق فيه .

قلت : ولم يذكر قبله ما يخالفه .

ومنها : لو علق طلاق زوجته على حملها ، أو على عدمه : فإنه يحرم

وطؤها قبل التبين ، فى إحدى الروايتين عن الإمام أحمد رضى الله عنه . ومن أصحابنا من خص الخلاف بما إذا كان الطلاق معلقا على وجود الحمل . و إن كان معلقا على عدمه : فيحرم جزماً . وهى طريقة صاحب المحرر .

قال القاضى فى الجامع : وقد ذكر أصحابنا فى المسألة مسألتين .

إحداهما : أن يكون للرجل زوجة ولها ولد من غيره . وقد كان تقدم منه وطء لها . فيمتنع من الوطء بعد موت الابن ، حتى يتبين : هل هى حامل من وطئه المتقدم أم لا ؟ لأنه إذا استبان حملها ورث أخاه الميت .

والثانية : فى عبد تحته زوجة حرة . قد تقدم منه وطء لها ، وله أخ حر ، فيموت أخوه الحر . فيمنع من وطء زوجته حتى يتبين : هل هى حامل من وطئه المتقدم . فيرث عمه أم لا ؟ فلا يرث من أحدهما . والمنصوص عن أحمد : فى رواية ابن منصور ـ فى رجل تزوج امرأة لها ابن من غيره ، فيموت ابنها ـ يكف عن امرأته ؟ قال أبو بكر : لا أعلم أحداً رواها غيره .

ورأيت فى مسائل إبراهيم الحربى المسألة الأخيرة منصوصة . فقال : سئل أحمد عن رجل حر ، وليس له وارث . وله أخ مملوك تحته حرة . يؤمر أخوه المملوك بأن يمسك عن وطء زوجته ، حتى يعلم : هل بها حمل أم لا ؟ فإن بان بها حمل فهو يرث عمه الحر ، و إن لم يكن بها حمل : كان ميراثه لبيت المال .

وفى المغنى : ومن خلف ورثة و إماءً مزوجة : ينبغى أن لا يطأ حتى يستبرىء . ولم يذكر التحريم .

إذا تقرر هذا ـ وقلنا : يحرم عليه الوطء فى مسألة التعليق على الحمل ، أو عدمه حتى يتبين ، وفيما يحصل البيان به من جهة الاستبراء ـ فى المسألة روايتان .

إحداهما : يحصل بحيضة ماضية لم يطأ بعدها ، أو موجودة . هذا هو المذهب .

والثانية : تعتبر بثلاثة أقراء . والخلاف فى مسألتى الحمل فى الاستبراء كالخلاف فى مسألة تعليق الطلاق . ذكره القاضى فى الجامع .

ومنها : لو قال لزوجته : أنت طالق فى أول آخر الشهر طلقت بطلوع فجر آخر يوم منه ، على الصحيح من المذهب . ويحرم وطؤها فى تاسع عشرينه . ذكره فى المذهب ، لاحتمال أن يكون الشهر ناقصا .

ومنها : صوم يوم الغيم إذا حال دون منظر الهلال ليلة الثلاثين من شعبان غيم ، أو قتر : وجب صومه . هذا المذهب عند الأصحاب . لتبرأ ذمته بيقين ، كما يلزمه إذا نسى صلاة من خمس لايعلم عينها . فإنه يلزمه الخمس . كذلك ههنا .

وقال أبو العباس : لا أصل للوجوب من كلام أحمد ، ولا فى كلام أحد من أصحابه . والاحتياط : إنما هو فيما إذا ثبت وجوبه ، أو كان الأصل . كثلاثين من رمضان . وفى مسألتنا لم يثبت الوجوب . والأصل بقاء الشهر .

ومنها : الحائض أو النفساء إذا ظنت نسيان القرآن : وجب عليها درسه . ذكره أبو العباس . لأن استدامة حفظ القرآن واجب . وما لايتم الواجب إلا به فهو واجب . فيباح مع المانع ، كالقراءة فى الصلاة .

فعلى قوله : هو من القاعدة . والمذهب : تحريم القراءة عليها .

ومنها : لو نسى ظهراً وعصراً من يومين ، ولا يعلم أيتهما الأولى — وقلنا بوجوب الترتيب فى قضاء الفوائت — فعن الإمام أحمد — رضى الله عنه — فى ذلك روايتان .

إحداهما : يتحرى . فيبنى على غالب ظنه . فإن استوى عنده الأمران بدأ بما شاء منهما .

والثانية : لايتحرى ، بل يصلى الظهر والعصر من غير تحر . لأن التحرى فيما له أمارة . وهذا لا أمارة فيه . فيرجع إلى ترتيب الشرع .

واختار أبو محمد المقدسى ، وأبو المعالى بن منجا : أنه يلزمه ثلاث صلوات . وقالوا : هو قياس المذهب .

قلت : ووفاء بالقاعدة لتبرأ ذمته بيقين ، كما لو نسى صلاة من خمس .

ونقل أبو داود عن أحمد ما يدل على ذلك .

و إن علم أن عليه الظهر من يوم ، وأخرى لا يعلم عينها . هل هى المغرب ؟ لزمه الظهر والفجر والمغرب .

ومنهـــا : لو خرج منه شىء لايعلم : هل هو منى ، أو مذى ؟ وكان بالغا أو من يحتمل بلوغه . فهل يجب عليه الغسل أم لا ؟ فى المسألة ثلاث روايات . الوجوب ، وعدمه . والثالثة : إن رأى حلماً وجب ، و إلا فلا . والخلاف جار فيما إذا تقدم نومَه فكرٌ أو ملاعبة ، أو برد ، أو لم يتقدمه شىء .

والصحيح : لزوم الغسل فيما إذا لم يتقدم نومه شىء . وهو جار على القاعدة . وعدمه فيما إذا تقدمه ما ذكر ، بناء على قاعدة إحالة الحكم على السبب المعلوم .

قال ابن عقيل — فيما إذا تقدم منه سبب المذى — فلا يلزمه غسل ثوبه ، بحيث نقول : إنما سقط عنه الغسل بحكمنا أن البلل مذى ، بل نقول فى ثوبه : الأصل طهارته ، فلا ينجس بالشك . والأصل طهارة بدنه . فلا يلزمه الغسل بالشك . فيبقى كل منهما على أصله . ذكره عنه الشريف أبو جعفر .

قال شيخنا : و ينبغى — على هذا التقرير — أن لاتجوز له الصلاة فى ذلك الثوب قبل غسله . لأنا نتيقن وجود المفسد للصلاة لا محالة له .

ومنهـــا : إذا نذر الصلاة فى وقت له فضيلة على غيره . فإنه يتعين إيقاعها فيه . فلو قال : لله على أن أصلى ليلة القدر : تعينت ، إلا أنها محصورة فى العشر الأخير غير معينة فى ليلة بعينها . فيلزمه أن يصلى كل ليلة من ليالى العشر ليصادفها . فإن لم يفعل لم يقضها إلا فى مثله . ولو كان نذره فى أثناء العشر : صلى مابقى من العشر . ومن السنة الثانية : يصلى من أول العشر إلى ليلة قوله فيها .

ذكر ذلك كله القاضى أبو يعلى فى تعليقه فى النذور .

ومنهـــا : لو نذر صوم بعض يوم . فإنه يلزمه صوم يوم كامل ،

لأن صيــام بعض اليوم غير ممكن إلا بصيام باقيه . وقد التزم البعض . فيلزمه الجميع ، بناء على هذه القاعدة .

ومنهـــا : لو نذر أن يصوم يوماً معينا أبداً ، ثم جهله . أفتى بعض العلماء بصيام الأسبوع . كصلاة من خمس .

وقال أبو العبــاس : بل يصوم يوماً من الأيام مطلقاً ، أيّ يوم كان . وهل عليه كفارة لفوات التعيين ؟ يخرج على روايتين ، بخلاف الصلوات الخمس . فإنها لاتجزىء إلا بتعيين النية على المشهور .

والتعيين يسقط بالعذر إلى كفارة . أو إلى غير كفارة . كالتعيين فى رمضان . والواجبات غير الصلاة ، بل والصلاة المنذورة أيضاً .

ومنهـــا : لو كانت عليه كفارات من جنس ، وكفر . و بقيت عليه كفارة واحدة ، نسي سببها : لزمه الـكفارات التى كانت عليه ، لتبرأ ذمته بيقين . وهذا قول القاضى .

وقال أبو الخطاب : يلزمه كفارة واحدة فقط ، بناء على أن نيــة التعيين لا تشترط .

ومنهـــا : لو غصب شيئاً . فإنه يلزمه رده . ولو غرم عليه أضعاف قيمته . كز بيب أحمر بأسود ، وحنطة حمراء ببيضاء ، وذرة بشعير ، وعدس بماش قال الحارثى : بغير خلاف علمته .

ووقع التردد من ذلك فى مسائل .

ومنهـــا : لو غصب لوحاً فرقع به سفينة ، وليس فيها حيوان محرم ، ولا مال للغير . وكان قلع اللوح يؤدى إلى غرقها . فهل يقلع اللوح وهى فى لجة البحر ، بناء على القاعدة ، أم ينتظر وصولها إلى الشط ، رعاية لأعظم الضررين ؟ فى المسألة قولان . الأول : مقتضى قول ابن أبى موسى . وذكره أبو الخطاب احتمالا . والثانى : المذهب عند الأصحاب .

ومنهـــا : لو غصب خيطا ، وخاط به جرح حيوان له محترم . وكان مما يؤكل ، وتعذر إخراجه بدون الذبح . فهل يذبح ، بناء على القاعدة ، أولا ؟ ويغرم قيمة الخيط للنهى عن ذبح الحيوان لغير مأكلة ؟ فى المسألة قولان . أوردهما القاضى فى المجرد ، وأبو الخطاب . والأول : اختيار القاضى وغيره . والثانى : إليه ميل السامرى .

وذكر أبو محمد المقدسى : احتمالا بالتفرقة بين ما يقصد أكله غالباً ، كبهيمة الأنعام ، وبين مالا يقصد ، كالخيل ، والطائر المسموع صوته . فالأول : واجب الذبح . دون الثانى .

ومنهـــا : لو غصب جوهرة فابتلعتها بهيمته . وكانت مما يؤكل . فهل تذبح ، بناء على القاعدة أم لا . ويغرم القيمة للنهى عن ذبح الحيوان لغير مأكلة ؟ فى المسألة قولان . والأول : أشهر .

وذكر أبو محمد المقدسى ، فى المغنى قولاً ثالثاً : إن كانت البهيمة أقل قيمة من الجوهرة : ذبحت . وإن كانت أكثر : لم تذبح . ووجب الضمان .

ومنهـــا : لو غصب آجراً ولوحا ، وبنى فوقه . فهل يلزمه رده ، وإن أفضى إلى هدم البناء أم لا ؟ نص الإمام أحمد ـ فى رواية المروذى ، وجعفر بن محمد ـ على لزوم الرد . بناء على القاعدة . وأبدى أبو الخطاب فى الانتصار تخريجاً بأنه لا يلزمه الرد . بل يغرم القيمة .

ومنهـــا : من كانت عنده عين لغيره ، وألزمناه بالرد إلى مالكها . فإنه يجب عليه مؤنة الرد . بناء على القاعدة .

ولنا مسائل كثيرة نأخذ فيها باليقين ، أو بغلبة الظن . وهى مبنية على هذه القاعدة . وقد تقدم فى قاعدة حد الفقه . وضابطه « ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب » إما أن يكون بالأداء لتبرأ الذمة ، أو بالاجتناب ليحصل ترك الحرام ، إذ تركه واجب . والله أعلم .

مسألة ١٨ ـ الزيادة على الواجب إن تميزت ـ كصلاة التطوع بالنسبة إلى المكتوبات ـ فهى ندب بالاتفاق . وإن لم تتميز ، فهل هى واجبة أم لا ؟ حكى أبو محمد التميمى : الثانى قول أحمد . واختاره أبو الخطاب . واختاره القاضى فى موضع من كلامه . واختار الكرخى الحنفى الأول . واختاره القاضى فى موضع من كلامه أيضاً .

إذا علمت ذلك ، فيتفرع على المسألة فروع :

منهـا : إذا وجب عليه شاة فذبح بدلها بدنة . فهل كلها واجبة أو سُبعها ؟ فى المسألة وجهان .

أحدهما : الجميع واجب . اختاره ابن عقيل . قال : كما لو اختار الأعلى من خصال الكفارة .

والثانى : السبع واجب .

وينبنى على الوجهين : هل يجوز له الأكل مما عدا السبع أم لا ؟ إن قلنا : الجميع واجب : لم يجز . وإلا جاز . أشار إلى ذلك أبو محمد المقدسى وغيره .

قلت : وينبغى أن ينبنى على ذلك أيضاً زيادة الثواب . فإن ثواب الواجب أعظم من ثواب التطوع ، لقوله صلى الله عليه وسلم حكاية عن الله تعالى « وما تقرب إليّ المتقربون بمثل أداء ما افترضت عليهم » .

ومنهـا : لو أدى عن خمس من الإبل بعيراً ـ وقلنا بالإجزاء ـ فهل كله واجب ، أو خُمسه الواجب ؟ حكى أبو يعلى الصغير فيه وجهين . ينبنى عليهما : هل يجزىء عن عشرين بعيراً أيضاً أم لا ؟ إن قلنا : خمسه الواجب : أجزأ عن عشرين بعيراً ، وإن قلنا : الكل واجب لا يجزىء عن عشرين بعيراً إلا أربعة أبقرة .

قلت : وينبنى عليهما لو اقتضى الحال الرجوع بكله أو خمسه . فإن قلنا : الجميع واجب : رجع . وإن قلنا : الواجب الخمس ، والزائد تطوع ، فيرجع بالواجب لا بالتطوع .

ومما ينبغى أن ينبنى عليه أيضاً : النية . فإن جعلنا الجميع فرضا ، فلا بد أن ينوى الجميع الزكاة ، أو الصدقة المفروضة . و إن قلنا : الواجب الخمس : كفاه الاقتصار عليه فى النية .

ومنهـا : إذا أخرج فى الزكاة شيئاً أغلى من الواجب . فهل كله فرض ، أو بعضه تطوع ؟ قال أبو الخطاب : كله فرض .

قلت : هو مخالف لقاعدته . وقال القاضى : بعضه تطوع .

قال شيخنا : وهو الصواب . لأن الشارع أعطاه جبرانا عن الزيادة .

ومنهـا : إذا مسح رأسه كله دفعة واحدة . وقلنـا : الفرض منه قدر الناصية : فالواجب هو الفرض . والزائد نفل . خرجه بعضهم على القاعدة .

وقد يقال : إن وقع دفعة واحدة . فيتخرج على القاعدة . و إن كان مترتباً . فالزائد نفل ليس إلا .

ومنهـا : إذا أدرك الإمام فى الركوع بعد فوات قدر الإجزاء منه . هل يكون مدركا له فى الفريضة أم لا ؟ ظاهر كلام القاضى ، وابن عقيل : تخريجها على الوجهين ، إذا قلنا : لايصح اقتداء المفترض بالمتنفل .

قال ابن عقيل : ويحتمل أن تجرى الزيادة مجرى الواجب فى باب الاتباع خاصة . إذ الاتباع قد يسقط الواجب ، كما فى المسبوق ، ومصلى الجمعة تطوعا : من امرأة وعبد ومسافر .

ومنهـا : ماذكره بعض المتأخرين : أنه إذا أوصى ببدنة مَنْ وجب عليه سُبعها ، أو من وجب عليه شاة . إن قلنا : إن الزائد يكون نفلا : حُسب من الثلث . و إن جعلناه واجباً . فيكون كما لو أوصى بالعتق فى كفارة مخيرة ، هل تحسب من رأس المال ، أو من الثلث ؟ وفى المسألة وجهان لنا . تقدما فى قاعدة الواجب المخير .

قلت : إن قلنا إن الزائد يكون نفلا ، لا شك أنه يحسب من الثلث . وكذا

إذا قلنا يكون واجباً . ولا يتجه تخريجه على مسألة الـكفارة . لأنه فى مسألة الـكفارة أوصى بما هو واجب عليه . وفى مسألتنا هذه : أوصى بما ليس بواجب .

القـاعدة ١٩ ـ الأمر المطلق لا يتنـاول المـكروه عند أصحابنا ، والشافعية ، والجرجانى من الحنفية . وقال الرازى الحنفى : يتناوله . وذكر أبو محمد التميمى الأول : قول أحمد . وأن أصحابنا قد اختلفوا .

فعلى الأول : لا يستدل لصحة طواف الحائض بقوله تعـالى (٢٢ : ٢٩ وَلْيَطَّوَّفُوا بالبيت العتيق) ولا بآية الوضوء . على أن الترتيب لا يجب إذا قدرنا أنه لادلالة فيها للتنافى . إذ المأمور به مطلوب إيجاده . والمنهى عنه مطلوب إعدامه

وكلام الأصحاب صريح بأن المراد بالمـكروه هنا : كراهة التنزيه . فيكون التحريم أولى . وإن كان المراد كراهة التنزيه : فيبقى ذلك مشكلا فى الصلاة وغيرها . فإن مقتضى هذه القاعدة : أن كل عبادة مكروهة لا تصح ، كالصلاة إلى المتحدث والنائم ، واستقباله صورة ، أو وجه إنسان . وكصلاة الحاقن . وكالصلاة المشتملة على التخصر والسدل ورفع البصر إلى السماء . واشتمال الصمّاء ، والالتفات . ونحو ذلك من المـكروهات فى الصلاة ، وغيرها من العبادات .

والمذهب : الصحة فى الجميع ، وإن كان فى بعض الصور خلاف فى المذهب .

والظاهر ـ والله أعلم ـ لـما رأى ابن الزاغونى هذا الإشكال قال فى غرر البيان : إن معنى المـكروه هنا عند أصحابنا : المحرم . وليس مرادهم كراهة التنزيه . والله سبحانه وتعالى أعلم .

القـاعدة ٢٠ ـ الأعيان المنتفع بها قبل الشرع مباحة عند أبى الحسن التميمى . وأبى الفرج المقدسى ، وأبى الخطاب ، والحنفية ، والظاهرية ، ومن الشافعية : ابن سريج ، وأبو حامد الزورى . واختاره القاضى فى مقدمة المجرد ، وقال : وقد أومأ إليه أحمد فى رواية أبى طالب . وقد سأله عن قطع النخل ؟ فقال : لا بأس به . لم نسمع فى قطع النخل شيئاً . قيل له : فالنبق ؟ قال : ليس فيه حديث

صحيح . وما يعجبنى قطعه . قلت له : فإذا لم يكن فيه حديث ، فلم لايعجبك قطعه ؟ قال : لأنه على كل حال قد جاء فيه كراهته . والنخل لم يجرِ فيه شيء

قال : فأسند الإمام أحمد الإباحة فى قطع النخل . لأنه لم يرد شرع بحظره .

ونازع أبو البركات القاضى فى مأخذه من هذه الرواية . فقال : لا شك أن أحمد أفتى بعدم البأس ، لـكن يجوز أن يكون للعمومات الشرعية . ويجوز أن يكون مما سكت عنه الشرع . فيـكون عفواً . ويجوز أن يكون استصحاباً لعدم التحريم . ويجوز أن يكون لأن الأصل إباحة عقلية . مع أن هذا من الأفعال ، لامن الأعيان .

وقيل : محرمة . وهذا قول ابن حامد ، والحلوانى ، وغيرهما ، وبعض الشافعية . واختاره القاضى فى العمدة . قال : وقد أومأ إلى معنى هذا : أحمد فى رواية أبى صالح ، ويوسف بن أبى موسى : لايخمس السلَب . ما سمعنا أن النبى صلى الله عليه وسلم خَمَّس السلب .

وهذا يدل على أنه لم يبح تخميس السلب . لأنه لم يرد عن النبى صلى الله عليه وسلم شرع فيه . فيبقى على أصل الحظر .

ونازعه أبو البركات فى ذلك . وقال : لأن السلب قد استحقه القاتل بالشرع . فلا يخرج بعضه عن ملـكه إلا بدليل . وليس هذا من موارد الشرع .

قال القاضى : وكذلك نقل الأثرم وابن بَدينا فى الحلى يوجد لقطة . فقال : إنما جاء الحديث فى الدراهم والدنانير . قال : فاستدام أحمد ـ رضى الله عنه ـ التحريم . ومنع الملك ، على الأصل . لأنه لم يرد شرع فى غير الدراهم والدنانير .

ونازعه أبو البركات أيضاً ، وقال : إن اللقطة لها مالك . فنقلها إلى الملتقط يحتاج إلى دليل . وليس هذا من جنس الأعيان فى شيء .

وقد يحتج للقاضى بأن أحمد منع من التخميس للسلب وملك اللقطة ، لعدم الإباحة . والله أعلم .

فعلى هذا القول : يباح ما يحتاج إليه ، كالنفس وسدّ الرمق . ذكره بعضهم إجماعا . وحكى فى المسودة قولين . والمنع مبنى على القول بتكليف المحال . وقال أبو الحسن الجزرى من أصحابنا : لا حكم لها .

قال أبو الخطاب : وأراه أقوى على أصل من يقول : العقل لا يحرم ولا يبيح .

وقال فى الروضة : هو اللائق بالمذهب . وهو المذهب عند ابن عقيل وغيره . بناءً منهم على عدم القول بالتحسين والتقبيح .

فعلى هـذا القول : لا إثم عليه بالتناول . كفعل البهيمة فى إفتائه بالتناول خلافاً لنا .

ومن العلماء من قال : لله فيها لا نعلم ماهو . فيقف حتى يظهر لنا .

وفرض ابن عقيل المسألة فى الأفعال والأقوال قبل السمع .

وأما المعتزلة : فحكى أبو حامد الغزالى عنهم فيما لا يقضى العقل فيـه من الأفعال بحسن ولا قبح ــ ضرورة ، أو نظراً ــ ثلاثة أقوال : الإباحة ، والحظر ، والوقف . باعتبار تعدد فرقهم .

والآمدى حقق هذا النقل وفصله . فقال : المعتزلة قسموا الأفعال الاختيارية إلى ماحسنه العقل . فمنه : واجب . ومنه : مندوب . ومنه : مباح . و إلى ماقبحه العقل . فمنه : حرام . ومنه : مكروه . و إلى مالم يقض فيه العقل بحسن ولا قبح . فمنهم من قال : إنه واجب . ومنهم من قال : إنه محرم . ومنهم من توقف .

إذا تقرر هذا . فقال القاضى : قد قال بعض من تكلم فى هذه المسألة : إن الكلام فيها تكلف وعناء . لأن الأشياء قد عرف حكمها . واستقر أمرها بالشرع

وقال آخرون : الوقت ماخلا من شرع قط . لأن الله لا يُخلي الوقت من شرع يعمل الناس عليه . لأنه أول ماخلق آدم قال له (٧ : ١٩ أسكن أنت وزوجك الجنة ، فكلا من حيث شئتما . ولا تقربا هذه الشجرة) فأمرهما ونهاهما

عقب ماخلقهما . وكذلك فى كل زمان . وإذا كان كذلك بطل أن يقال : ماحكمها قبل ورود الشرع بها ؟ والشرع ما أخل بحكمها قط .

فعلى هذا : لايتصور الخلاف إلا فى تقدير أن الأشياء لولم يرد بها شرع : ماحكمها ؟ فالحكم عندنا : على الحظر . وعند قوم : على الإباحة . وعند آخرين : على الوقف .

وهذه الطريقة ظاهر كلام أحمد . لأنه قال ــ فى رواية عبد الله فيما خرجه فى محنته ــ « الحمد لله الذى جعل فى كل زمان فترة من الرسل بقايا من أهل العلم » فأخبرأن كل زمان فيه بقايا من أهل العلم . وكذا قال أبو الحسن الجزرى .

وذكر القاضى فى موضع آخر : أن هذه المسألة تتصور فى شخص خلقه الله تعالى فى برية ، لايعرف شيئاً من الشرعيات . وهناك فواكه وأطعمة . هل تكون الأشياء عنده على الحظر حتى يرد الشرع ، أوعلى الإباحة ؟ وكذا ذكر أبو الخطاب .

وذكر القاضى وأبو الخطاب فى التمهيد ، والمقدسى فى الروضة : ما يفيد فى الفقه أن من حرم شيئاً أو أباحه يبقى على حكم أصله ، من حظر أو إباحة ، عند عدم الأدلة . والله أعلم .

وفى هذا الكلام بحث ونظر . والله أعلم .

القاعدة : ٢١ ــ « البطلان » و « الفساد » مترادفان عندنا ، وعند الشافعية . وقال أبو حنيفة : إنهما متباينان . ف « الباطل » عنده : مالم يشرع بالكلية كبيع المضامين . والملاقيح . و « الفاسد » ماشرع أصله . ولكن امتنع لاشتماله على وصف محرم كالربا .

إذا تقرر هذا . فذكر أصحابنا مسائل ، فرقوا فيها بين الفاسد والباطل . ظن بعض المتأخرين : أنها مخالفة للقاعدة .

والذى يظهر ــ والله أعلم ــ أن ذلك ليس بمخالفة للقاعدة .

وبيانه : أن الأصحاب إنما قالوا « البطلان » و « الفساد » مترادفان فى مقابلة

قول أبي حنيفة ، حيث قال : ما لم يشرع بالـكلية : هو الباطل . وما شرع أصله وامتنع لاشتماله على وصف محرم : هو الفاسد .

فعندنا كل ما كان منهياً عنه ، إما لعينه أو لوصفه : ففاسد و باطل . ولم يفرق الأصحاب فى صورة من الصورتين بين الفاسد والباطل فى المنهى عنه . و إنما فرقوا بين الفاسد والباطل فى مسائل الدليل .

منهـــا : إذا أحرم الواطىء حال وطئه : هل ينعقد إحرامه ، أم لا ؟ كلام أبى البركات صريح فى انعقاده . وقال بعض أصحابنا فى مسألة البيع الفاسد : إنه لا يجب مضيه فيه . فدل على أنه لاينعقد . فيكون باطلا .

ولو جامع قبل التحلل الأول : فسد حجه . وحكم الباطل : لا يجب المضى فيه . والفاسد : يجب المضى فيه .

ومنهـــا : الـكتابة . فإنه إذا كاتب من لايصح العقد منه . فإنها تكون كتابة باطلة . ولا يترتب عليها العتق . وسواء كان السيد أو العبد .

وقال القاضى : إذا كاتب عبده الطفل المجنون . فإنه يعتق بالأداء . والمذهب خلافه . وكذا لو كاتبه على عوض غير منجم . فالعقد باطل . ذكره القاضى ، والشريف ، وأبو الخطاب .

وصرح ابن عقيل بأن الإخلال بشرط النجوم يبطل العقد .

وذكر صاحب التلخيص : أن الـكتابة تصير فاسدة . ولا تبطل من أصلها.

وأما إذا كاتبه بعوض مجهول . فهى فاسدة . ولا تبطل من أصلها .

ولـكل واحد منهما فسخها . ويحصل العتق فيها بالأداء دون الإبراء . والمغلب فيها التعليق . وصرح به القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، وأبو الخطاب ، والأكثرون .

وفى الخلاف الـكبير : المغلب المعاوضة . بدليل أنه يعتق بالأداء إلى الوارث قلت : هذا على أحد القولين .

وأما إن كان على خمر أو خنزير ، فقال القاضى وأصحابه : حكمها حكم المكاتبة الفاسدة . والمنصوص عن أحمد : أن العقد يبطل من أصله ، ولا يقع فيه عتق . قال أحمد ـ فى رواية الميمونى ـ إذا كاتبه كتابة فاسدة ، فأدى ما كوتب عليه : عتق . مالم تكن الكتابة محرمة ـ معناه : على محرم ـ كالخمر والخنزير . وهذا اختيار أبى بكر ، وابن عقيل . وأول القاضى وأبو الخطاب النص .

سؤال

قول الأكثرين : إن الكتابة إذا لم تكن منجمة باطلة من أصلها ، مع قولهم فى الكتابة على عوض مجهول : يتغلب فيها حكم الصفة ـ مشكل جداً .

وكان الأولى ـ إذا كان العوض معلوماً ـ أن يغلب فيه حكم الصفة أيضاً . والله أعلم .

ومنها : إذا قبض العين فى العقد الباطل . فإنها تكون مضمونة عليه على كل حال ، سواء كانت صحيحة العين مضمونة فيه ، أو غير مضمونة . و إن قبضها فى الفاسد ـ وكانت صحيحة العين فيه ، غير مضمونة ـ ففاسد كذلك . ذكره صاحب المغنى وغيره .

ومنها : أن الظاهر من كلام كثير من الأصحاب : أن المخالفة من الوكيل تقتضى فساد الوكالة ، لا بطلانها . فيفسد عقد الوكالة . ويصير الوكيل متصرفاً بمجرد الإذن .

وحكى ابن عقيل فى نظرياته ، وأبو البركات : وجهاً آخر . وجزم القاضى فى خلافه : أن الوكالة تبطل بذلك . كالوديعة .

ومنها : ماقاله طائفة من أصحابنا فى كتاب النكاح : الفاسد من النكاح : ما كان يسوغ فيه الاجتهاد . والباطل : ما كان مجمعا على بطلانه ، وعبر طائفة بالباطل عن النكاح الذى يسوغ فيه الاجتهاد أيضاً .

فالباطل المجمع على بطلانه : لايترتب عليه شىء من أحكام الصحيح ، إلا فى

الطلاق إذا تزوجها فى عدة من غيره : هل يقع ؟ فيه روايتان . نقل ابن منصور : عدم الوقوع . ونقل أبو طالب : إذا طلقها ثلاثا : لايعجبنى أن يراجعها ، حتى تنكح زوجا غيره . قال أبو بكر : قد تابعه على ذلك ههنا . واختار ذلك فى كتاب المقنع .

قلت : اختار عامة الأصحاب خلاف قوله . والله أعلم .

وأما الفاسد المختلف فيه : فيثبت له أحكام الصحيح .

ومنهـــا : اللعان . فيصح فيه ، لإسقاط الحد ونفى النسب ، لأن بالزوج حاجة إلى هذا القذف ، لأن نسبه لاحق به . كالصحيح .

ومنهـــا : حيث جعلنا العقد محرما . فلو كان فاسداً . قال القاضى : التحريم غير ممتنع . وفى الانتصار وغيره : فى العقد الفاسد خلاف . فالمجمع على بطلانه : لا يحرم شيئاً . جزم به الأصحاب .

وخرج شيخنا فى تعليقه على المحرر : رواية بالتحريم من الرواية التى يقول فيها بوقوع الطلاق فى نكاح المعتدة . وقد تقدمت .

ومنهـــا : الخلوة فى الفاسد . فإنها محل الصداق . كالصحيح . نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب . وفى الانتصار والمذهب ، رواية : لاشىء بها . واختار ذلك أبو محمد المقدسى .

ومنهـــا : عدة الوفاة . فإنها تجب فى النكاح الفاسد . نص عليه أحمد فى رواية جعفر بن محمد . وقال ابن حامد : لا عدة عليها .

ومنهـــا : فى المطلقة فى النكاح الفاسد . فإنها تجتنب ما تجتنبه المطلقة فى النكاح الصحيح . نص عليه أحمد فى رواية أحمد بن محمد البرثى ، والقاضى ، ومحمد بن أبى موسى .

ومنهـــا : الميراث . فلا يتوارث الزوجان فى النكاح الفاسد . نص عليه فى رواية جعفر بن محمد .

وفى رواية المروذى : إذا تزوج ولم يُشهد ، ثم مات : لم يتوارثا . وكذلك نقل أبو طالب .

وقد توقف فى رواية ابن منصور . فقال : لا أرى للولى ولا للقاضى أن يزوج اليتيمة حتى تبلغ تسع سنين . قيل له : فإن ماتا يتوارثان ؟ قال : لا أدرى .

ومنهـــا : إذا وطئت فى النكاح الفاسد ، فلا يحصل به الإحلال للأول . على أصح الوجهين ، تغليباً للتحريم الحاصل بالطلاق .

ومنهـــا : الإحصان . هل يحصل به أم لا ؟ المجزوم به عند الأصحاب : لايحصل . لأن طريق الإحصان : الكمال . والزوج والزوجة فى النكاح الفاسد ليسا بكاملين .

ومنهـــا : الطلاق فى النكاح الفاسد . فإنه يقع فى قول أكثر أصحابنا . واختار أبو الخطاب لايقع ، حتى يعتقد صحته .

ومنهـــا : مَنْ نكاحُها فاسد ، لايصح تزويجها قبل طلاق الزوج . فإن امتنع : فسخه الحاكم . هذا المذهب .

وفى الإرشاد : فإن زوجت نفسها بلا شهود . ففى تزويجها قبل فرقته روايتان وهما فى الرعاية : إذا تزوجت بلا ولى ، أو بدونهما .

وفى تعليق ابن المنى فى انعقاد النكاح برجل وامرأتين : إذا عقد عليها عقداً فاسداً لايجوز صحيح ، حتى يقضى بفسخ الأول . ولو سلمناه : فلأنه حرام ، والحرام فى حكم العدم .

القاعدة ٢٢ ـ « العزيمة » لغة : القصد المؤكد ، وشرعا : الحكم الثابت بدليل شرعى خلا عن معارض .

قال الطوفى : وقولنا « بدليل شرعى » يتناول الواجب ، وتحريم الحرام ، وكراهة المكروه . ولهذا قال أصحابنا : إن سجدة « ص » هل هى من عزائم السجود ، أولا ؟ مع أن سجدات القرآن كلها عندهم ندب .

قلت : فظاهر كلامه : أن سجدة « ص » اختلفوا فى أنها هل هى مندوبة أم لا ؟ فمن قال : هى مندوبة تكون من العزائم . ومن قال : ليست مندوبة فليست من العزائم . وليس الأمر كذلك ، بل يستحب سجودها خارج الصلاة على كل رواية . صرح به ابن تميم ، بعد حكايته الروايتين : هل هى من العزائم أم لا ؟ .

تظهر فائدته بالنسبة إلى الصلاة . فإن قلنا : هى من العزائم : سجدها فى الصلاة . وإن قلنا : ليست من العزائم : فسجدها فى الصلاة ، هل تبطل صلاته أم لا ؟ فى المسألة وجهان . مع أنه حكى طائفة من أصحابنا عن الإمام أحمد ـ رضى الله عنه ـ فى سجدات القرآن : هل يجب سجودها أم لا ؟ ثلاث روايات . ثالثتها ـ نقلها صالح ـ تجب فى الصلاة خاصة . والله أعلم .

وقال الآمدى « العزيمة » عبارة عما لزم العباد بإلزام الله تعالى .

وذكر معناه الشيخ أبو محمد فى الروضة . وهذا يقتضى اختصاصها بالواجب فعلا أو كفًّا .

وقال القرافى « العزيمة » طلب الفعل الذى لم يشتهر فيه منع شرعى .

قال : وإنما قلت « طلب الفعل » ليخرج أكل الطيبات ونحوها الداخل فى حد الإمام فخر الدين ، حيث عرف العزيمة بجواز الإقدام مع عدم المانع .

قلت : وعلى قول القرافى : تختص بالواجب والمندوب . والله أعلم .

و « الرخصة » لغة : السهولة . وشرعا : ماثبت على خلاف دليل شرعى لمعارض راجح .

وقيل : استباحة المحظور مع قيام السبب الحاظر .

وقال الأمدى « الرخصة » ما شرع لعذر مع قيام السبب المحرم .

وقال القرافى : هى جواز الإقدام على الفعل ، مع اشتهار المانع منه شرعاً .

والمعانى متقاربة .

وجعل الغزالى ، وصاحب الحاصل ، والبيضاوى فى منهاجه « الرخصة » و « العزيمة » من أقسام الحكم . وجعلها الإمام ، والآمدى ، وابن الحاجب : من خطاب الوضع .

إذا تقرر هذا ، فههنا مسائل تتعلق بالرخصة والعزيمة .

مسألة : التيمم وأكل الميتة عند الضرورة ، هل يسميان رخصة أم لا ؟ قال ابن عقيل وغيره : لا يسميان رخصة . لأن كلا منهما عزيمة يتعين فعله فى موضعه . لا يجوز الإخلال به .

وقال أبو محمد المقدسى ـ تبعاً للغزالى ـ أكل الميتة له جهتان . فمن حيث إن المضطر لم يكلف بإهلاك جسمه بالجوع ، بل أبيح له دفعه ضرورة بالمحرم ، وأسقط عنه العتاب : فهو رخصة . ومن حيث إنه يجب عليه الأكل و يعاقب على تركه : هو عزيمة .

وأما التيمم ، فقالا : إن كان لعدم الماء . فليس برخصة ، بل عزيمة . لأن سبب المنع ليس قائماً . لاستحالة التكليف بالماء عند عدمه . فهو كالانتقال إلى الصوم عند العجز عن الرقبة فى الكفارة . ليس برخصة ، بل أوجب الرقبة فى حالة ، والصيام والإطعام فى أخرى . و إن كان التيمم مع وجود الماء لعذر ـ من مرض أو غيره ـ فهو رخصة . لإمكان استعمال الماء حينئذ . فإسقاطه عنه رخصة .

قلت : و يلزم الغزالى وأبا محمد أن يقولا : التيمم عند وجود الماء رخصة من غير عذر ، باعتبار الجهتين . كما قالا فى أكل الميتة عند الضرورة . والله أعلم .

ومن العلماء من قال : التيمم رخصة بكل حال . وقد ورد فى حديث عمار . « فنزلت رخصة التيمم » يعنى الآية . وهذا على قول من يقول : إن التيمم لا يرفع الحدث ، كما هو أصح الروايتين عن أحمد . وقال به طوائف من أهل العلم .

وأما من قال : إن التيمم يرفع الحدث . فإنه يمنع قيام سبب المنع . و يقول :

الحدث عبارة عن المنع . وقد زال ، بخلاف الميتة . فإن خبثها ونجاستها لم يزل . والله أعلم .

ورأيت فى تعاليق بعض شيوخنا : أنه ينبنى على أن التيمم رخصة ، أو عزيمة : التيمم بتراب مغصوب . وفى سفر المعصية ونحوها .

قلت : وفى بناء التيمم بالتراب المغصوب على ذلك نظر . فإنه لاخلاف بين أصحابنا وغيرهم : أن الوضوء عزيمة . ومع هذا فلو توضأ بماء مغصوب لا يصح وضوءه على الصحيح . والله أعلم .

لـكن قد يقال : إن قلنا هو رخصة ، يخرج لنا فيه الطريقان فى الاستجمار بالحجر المغصوب . أحدهما : لايصح جزماً . والآخر : حكمه حكم الوضوء بالماء المغصوب .

ومنهـــا : المسح على الخفين . قال أكثر أصحابنا : هو رخصـة . وحكى بعض المتأخرين رواية بأنه عزيمة .

قال : والظاهر أن من فوائدها : المسح فى سفر المعصية . وتعيين المسح على لابسه . وفيما قاله نظر .

ثم الرخصة تنقسم أقساماً .

ومنهـــا : ماهو واجب ، كأكل الميتة عند الضرورة . وهذا هو المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى . وذكره أبو العباس وفاقا . وذكره أبو محمد وجهاً .

ومنهـــا : من خاف التلف بصومه . فإنه يجب عليه الفطر . ذكره فى الانتصار ، وعيون المسائل ، والرعاية وغيرها .

وذكر جماعة فى صوم الظهار : أنه يجب فطره بمرض مخوف . ولو صام أجزأ . ولم يفت ، على خلاف لنا فى إجزائه . وقال بعض أصحابنا : يكره صومه .

ومنهـــا : مافعله مستحب . كقصر الصلاة ، والفطر فى الصوم فى

السفر . على المنصوص عن أحمد . وهو الذى عليه جمهور الأصحاب . وفيه وجه : الإتمام والصوم أفضل .

ومنهـــا : ما الأفضل عدم فعله . كالإكراه على التلفظ بكلمة الكفر فإن الأفضل — كاتقدم — عدم الفعل . والفرق بينها وبين الصوم والفطر مشكل

وقد اختلف فى مسائل بعض الرخص . هل الأفضل فعلها أم تركها ؟ .

فمنهـــا : الجمع بين الصلاتين — إن قلنا به — فهل الأفضل فعله أو تركه ؟ فى المسألة روايتان . أظهرهما : الثانى .

ومنهـــا : المسح على الخفين . فعن أحمد : المسح أفضل . نقلها صالح ، وابن منصور . وفى رواية بكر بن محمد : من قال إن الغسل أفضل . فقد أساء القول . قال القاضى : لم يرد أحمد المداومة على المسح . والله أعلم .

وعنه : الغسل أفضل . وعنه : هما سواء . نقلها الحسن بن محمد ، ومهنا وحنبل . وزعم بعضهم أنها آخر الأقوال .

قال أبو العباس ابن تيمية — رحمه الله تعالى — وفصل الخطاب : أن الأفضل فى حق كل واحد : ما هو الموافق لحال قدمه . فالأفضل للابس الخفين : أن يمسح عليهما ، ولا ينزع خفيه . والأفضل لمن قدماه مكشوفتان : أن يغسلهما . ولا يتحرى لبس خفيه ليمسح عليهما . كما كان النبى صلى الله عليه وسلم يغسل إذا كان قدماه مكشوفتين . و يمسح إذا كان لابسا للخفين .

ومنهـــا : تقديم الكفارة بعد اليمين وقبل الحنث . فهل الأفضل : التقديم ، أو التأخير إلى ما بعد الحنث ، أو هما سواء ؟ فى المسألة ثلاث روايات . المذهب : أنهما سواء . و بنى على كون التقديم رخصة : لو كان الحنث فى اليمين محرما : هل يجوز التقديم أم لا ؟ وفى المسألة وجهان .

ومنهـــا : هل الأفضل تعجيل الزكاة إذا كمل النصاب أم لا ؟

المنصوص عن أحمد ، الذى نقله الجماعة : لا بأس بالتعجيل . وزاد الأثرم : هو مثل الكفارة قبل الحنث . فظاهره : أنهما على حد واحد .

وظاهر كلام الأصحاب : أن ترك التعجيل أفضل . وقال بعض المتأخرين : يتوجه أن تعتبر المصلحة .

ومنهـا : المتخلى . هل الأفضل له استعمال الحجر ، أو استعمال الماء ؟ فى المسألة روايتان . المذهب : الثانى . واختار ابن حامد الأول . وأنه يكره الاقتصار على الماء (١) .

ومن الرخص : ماهو مكروه ، كالسفر للترخص .

قال صاحب المحرر : يكره قصد المساجد للإعادة ، كالسفر للترخص .

قلت : قصد الإعادة ليس برخصة ، حتى يقاس عليه قصد السفر للترخص .

وظاهر كلام صاحب المحرر : لافرق بين الصوم وغيره .

وقد ذكر غيره من الأصحاب : لو سافر ليفطر ، أو يقصر : حرما .

قلت : يمكن الفرق بين الصوم وغيره : بأن الصوم يلزم منه تأخيره بالكلية : وأما القصر والمسح والجمع : فإنه يفعل فى السفر . ولكن على وجه أنقص من الحضر .

تنبيه : هل الكراهة فى السفر مانعة من الترخص ؟ ظاهر كلام جمهور الأصحاب : أنها مانعة . لأنهم قالوا : من سافر سفراً مباحاً فله الترخص . والمكروه ليس بمباح . وصرح بذلك أبو البركات بن منجا . وكذا ابن عقيل فى السفر إلى المشاهد . وقال طائفة ـ منهم : ابن عقيل فى مفرداته ـ مذهبه : جواز المسح على العمامة الصماء . والظاهر ـ إن لم يكن يقينا ـ أن الأصحاب قد أطلقوا على كراهة أحمد للبسها ، و إنما رأوا الكراهة لاتمنع الترخص .

وقال أبو العباس ، فى العمامة الصماء أيضا : والأقرب أنها كراهة ، لأنه لاترتقى

---

(١) الثابت فى الصحاح عن ابن مسعود وغيره : أن النبي صلى الله عليه وسلم كان كثيراً جداً ما يستجمر بالأحجار . ولم يرو عنه : أنه أتبع الماء الحجارة .

إلى التحريم . ومثل هذا : لايمنع الترخص لسفر النزهة . و إنما يصح الفرق الذى ذكرناه على الثانى ، دون الأول .

ومن الرخص : ماهو مباح ، كالعرايا ، والمساقاة ، والمزارعة ، والكتابة ، والشفعة ، وغير ذلك من العقود الثابتة على خلاف القياس . هكذا ذكر أصحابنا وغيرهم .

ولكن قال أبو العباس : ليس شىء من العقود وغيرها الثابتة المستقر حكمها على خلاف القياس . وقرر ذلك بأحسن تقرير ، و بينه بأحسن بيان . ليس هذا موضع ذكر ذلك . والله سبحانه وتعالى أعلم .

خاتمة

قد يكون سبب الرخصة : اختياريا كالسفر . أو اضطراريا ، كالاغتصاص باللقمة المبيح لشرب الخمر . والله أعلم .

القاعدة ٢٣ ـ تثبت اللغة قياساً . عند أكثر أصحابنا . ونفاه أبوالخطاب وأكثر الحنفية . واختاره الآمدى . وذكره عن معظم أصحابهم . وحكاه القاضى عن أكثر المتكلمين . وللشافعية قولان . واختلفوا فى الراجح . وللنحاة قولان اجتهاداً . فلا يحسن قول من قال : من أثبت مقدم على غيره .

والإجماع على منعه فى الأعلام والألقاب . ذكره جماعة . منهم : ابن عقيل لوضعها لغير معنى جامع . والقياس : إنما يصح حيث فهم المعنى . والإجماع على منعه فى الصفات . لأن العالم من قام به العلم . فيجب طرده . فإطلاقه بوضع اللغة . وكذا مثل إنسان ورجل ، ورفع الفاعل . فلا وجه لجعله دليلا من أصحابنا وغيرهم .

ومحل الخلاف : فى الاسم الموضوع لمسمى ، ملتزم لمعنى فى محله وجوداً وعدماً

و إذا تقرر هذا ، فذكر طائفة من الأصوليين : أن ما ينبنى على هذه القاعدة من الفروع :

أن اللائط يحد قياساً على الزانى ، بجامع الإيلاج المحرم . وشارب النبيذ يحد . قياساً على شارب الخمر ، بجامع السكر والتخمير . ونباش القبور يقطع . قياساً على سارق أموال الأحياء ، بجامع أخذ الأموال خفية ، ولا نجد عند الحنفية بناء على عدم القياس فى اللغة . وهذا البناء ليس بناء جيداً ، بل هو واضح البطلان . والله أعلم .

القاعدة **٢٤** ـ من أنواع المجاز : إطلاق اسم البعض على الكل ، وعكسه . وفى معناه : الأخص مع الأعم .

إذا تقرر هذا ، فههنا فروع تتعلق بذلك .

منهـــا : إذا قال لزوجته : أنت طالق نصف طلقة . فإنها تطلق طلقة كاملة . جزم بهذا الأصحاب . ونص عليه الإمام أحمد ـ رضى الله عنه ـ فى رواية صالح ، والأثرم ، وأبى الحارث ، وأبى داود .

واختلف الأصحاب فى تعليل ذلك . فقال القاضى فى الجامع الكبير : لأنه لا يخلو : إما أن يسرى قوله نصف طلقة على ما يقوله . فيحصل طلقة كاملة ، أو يسقط ذلك . فيبنى على قوله : أنت طالق . فتطلق طلقة . فتعليل القاضى الأول : هو من باب السراية . والثانى : هو إيقاع طلقة كاملة بلفظ حقيقى .

وعلله أبو محمد المقدسى فى المغنى : بأن ذكر ما لايتبعض فى الطلاق ذكر لجميعه . وما قاله : هو من باب التعبير بالبعض عن الكل .

ولم أر أحداً من الأصحاب اشترط فى وقوع الطلاق بذلك النية . وهذا فيه نظر . لأن التعبير بالبعض عن الكل من صفات المتكلم . ويستدعى قصده . كذلك المعنى بالضرورة ، و إلا لم يصح أن يقال : عبر به عنه .

وقد يقال : إن أراد الزوج المعنى المجازى : وقع الطلاق جزماً . لأن استعمال المجاز جائز بلا خلاف . وأن يقصد ذلك . فيحمل على المعنى الحقيقى قطعاً ، إلا أنه

التزم إيقاع نصف طلقة . ولا يتأتى ذلك إلا بوقوع طلقة كاملة . فأوقعناها . لأن ذلك من باب التعبير بالبعض عن الكل . لامن باب السراية .

فإن قيل : إذا قال : أنت طالق ثلاثاً إلا نصف طلقة . طلقت ثلاثاً فى أصح الوجهين . وهو الذى جزم به القاضى فى الجامع الكبير وغيره . فلم لاقلتم إن ماوقع بعضه كرفع كله ، لكونه لايتجزأ ؟ وحينئذ فيقع عليه طلقتان فقط .

قلنا : جعلنا ذلك تغليباً للايقاع فى المسألتين . بسبب البعض الباقى منهما . والله أعلم .

ومنهـــا : لو نذر صوم نصف يوم . فإنه يلزمه يوم كامل . ذكره أبو البركات فى المسودة . قياس المذهب . وفيه من النظر ماذكرناه أولا فى التى قبلها .

ومنهـــا : إذا حلف لايشرب له الماء من العطش والمنة ، أو السبب قطع منته : حنث بكل مافيه المنة ، لأن فيه جهة صحيحة . وهى إطلاق اسم البعض و إرادة الكل .

القــاعدة : **٢٥** ـ إذا دار اللفظ بين الحقيقة المرجوحة ، والمجاز الراجح . فعند أبى حنيفة : يحمل على الحقيقة . لأصالة الحقيقة . وعند أبى يوسف : يحمل على المجاز . لرجحانه . واختار القرافى ، فى شرح التنقيح : قول أبى يوسف ، لأن الظهور هو المكلف به .

وفى المحصول ، والمنتخب عن بعضهم : أنهما يستويان . فلا ينصرف إلى أحدهما إلا بالنية . لرجحان كل واحد منهما من وجه .

وأسقطه صاحب الحاصل . وجزم به الإمام فى المعالم ، ومثل بالطلاق .

فقال : إنه حقيقة فى اللغة فى إزالة القيد ، سواء كان عن نكاح ، أو ملك يمين ، أو غيرهما . ثم اختص فى العرف بإزالة قيد النكاح . فلأجل ذلك إذا قال الرجل لأمته : أنت طالق ، لاتعتق إلا بالنية .

ثم قال . فإن قيل : فيلزم أن لاينصرف إلى المجاز الراجح ، وهو إزالة قيد النكاح إلا بالنية ، وليس كذلك .

قال ، فالجواب : أنه إن كان الراجح ، وهو إزالة قيد النكاح . فلا كلام . و إن حمل على الحقيقة المرجوحة ، وهو إزالة مسمى القيد من حيث هو : فيلزم زوال قيد النكاح أيضاً . لحصول مسمى القيد فيه . فلا جرم أن أحد الطرفين فى هذا المثال مخصوص ، لم يحتج إلى النية ، بخلاف الطرف الآخر .

وقد تبع البيضاوى المعالم فى اختيار التساوى ، والتمثيل بالطلاق .

وههنا فائدة مهمة .

وهى : إن لم يحرر محل النزاع . وقد حرره الحنفية فى كتبهم . فإن مرجع هذه المسألة إليهم . ونقله عنهم القرافى أيضاً . فقالوا : المجاز له أقسام .

أحدها : أن يكون مرجوحاً لايفهم إلا بقرينة ، كالأسد للشجاع . فلا إشكال فى تقديم الحقيقة . وهذا واضح .

الثانى : أن يغلب استعماله ، حتى يساوى الحقيقة . فقد اتفق أبو حنيفة وأبو يوسف على تقديم الحقيقة . فلا خلاف أيضاً ، نحو النكاح . فإنه يطلق على العقد والوطء ، إطلاقاً متساوياً ، مع أنه حقيقة فى أحدهما ، مجاز فى الآخر . وجعل ابن التلمسانى ــ فى شرح المعالم ــ هذه الصورة محل النزاع . قال : لأنه إجمال عارض ، فلا يتعين إلا بقرينة . وذكر فى المحصول هذه الصورة فى المسألة السابعة من الباب التاسع . وجزم بالتساوى .

الثالث : أن يكون راجحاً . والحقيقة مُماتَةٌ ، لا تراد فى العرف . فقد اتفقا على تقديم المجاز . لأنه إما حقيقة شرعية ، كالصلاة . أو عرفية ، كالدابة . ولا خلاف فى تقديمها على الحقيقة اللغوية . مثاله : حلف لا يأكل من هذه النخلة . فإنه يحنث بثمرها لا بخشبها ، وإن كان هو الحقيقة . لأنها قد أميتت .

والرابع : أن يكون راجحاً ، والحقيقة تتعاهد فى بعض الأوقات . فهذا

موضوع الخلاف . كما لو قال : لأشْرَبَنَّ من هذا النهر . فهو حقيقة فى الكرع من النهر بفيه . و إذا اغترف بالكوز وشرب فهو مجاز . لأنه شرب من الكوز لا من النهر . لكنه المجاز الراجح المتبادر إلى الفهم . والحقيقة قد تراد . لأن كثيراً من الرعاء وغيرهم يكرع بفيه .

وقال الاصفهانى فى شرح المحصول : محل الخلاف : أن يكون المجاز راجحاً على الحقيقة ، بحيث يكون هو المتبادر إلى الذهن عند الإطلاق . كالمنقول الشرعى والعرفى . وورد اللفظ من غير الشرع وغير العرف . فأما إذا ورد من أحدهما : فإنه يحمل على ماوضعه له .

إذا تقرر هذا ، فما يتعلق بالقاعدة :

إذا حلف لايشرب من دِجْلة أو من الفرات . فمن قدم المجاز الراجح يقول : يحنث باغترافه منه بإناء ونحوه وشر به منه . وهذا قول أصحابنا ، وقول أبى يوسف

ومن قال تقدم الحقيقة المرجوحة ، قال : لا يحنث إلا بأن يكرع منه . وهذا قول أبى حنيفة . والله أعلم .

القاعدة ٢٦ ــ إذا لم ينتظم الكلام إلا بارتكاب مجاز الزيادة أو النقصان . فمجاز النقصان أولى . لأن الحذف فى كلام العرب أكثر من الزيادة . هكذا ذكر جماعة من الأصوليين .

إذا تقرر هذا ، فمن فروع القاعدة :

إذا قال الزوج لزوجتيه : إن حضتما حيضة فأنتما طالقتان ، ولا شك فى استحالة اشتراكهما فى الحيضة . وتصحيح الكلام هنا : إما بدعوى الزيادة ، وهو قوله « حيضة » و إما بدعوى الإضمار . وتقديره : إن حاضت كل واحدة منكما حيضة . وفى المسألة لأصحابنا أربعة أوجه .

أحدها : سلوك الزيادة ، و يصير التقدير : إن حضتما فأنتما طالقتان . فإذا طعنتا فى الحيض طلقتا . وهذا قول القاضى أبى يعلى .

والثانى : سلوك النقص ، وهو الإضمار . فلا تطلق واحدة منهما ، حتى تحيض كل واحدة منهما حيضة واحدة . ويكون التقدير : إن حاضت كل واحدة منكما حيضة واحدة ، فأنتما طالقتان . نظيره قوله تعالى (٤:٢٤ فاجلدوهم ثمانين جلدة) أى : اجلدوا كل واحد منهم ثمانين جلدة . وهذا اختيار صاحب المغنى . وهو موافق للقاعدة .

والثالث : تطلقان بحيضة من إحداهما . لأنه لما تعذر وجود الفعل منهما : وجبت إضافته إلى إحداهما . كقوله تعالى (٢٢:٥٥ يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان) وإنما يخرج من أحدهما .

والرابع : لاتطلقان بحال . بناء على أنه لايقع الطلاق المعلق على المستحيل . والله أعلم .

***القاعدة* ٢٧** ـ إذا تعارض المجاز والإضمار . قال صاحب المحصول فيه ، وفى المنتخب : هما سواء . فيكون اللفظ مجملا ، حتى لايترجح أحدهما على الآخر إلا بدليل . لاشتراكهما فى الاحتياج إلى القرينة ، وفى احتمال خفائهما . وذلك : لأن كلا منهما يحتاج إلى قرينة تمنع المخاطب عن فهم الظاهر .

وجزم أبو المعالى بأن المجاز أولى لكثرته ، لكنه ذكر بعد ذلك فى تعليل المسألة العاشرة : أنهما سواء .

إذا تقرر هذا ، فمن فروع القاعدة :

إذا قال لعبده ـ الذى هو أكبر منه ـ أنت ابنى . فهل نعتقه عليه ظاهراً ؟ لأنه يحتمل أن يكون قد عبر بالبنوة عن العتق . فيحكم بعتقه . ويحتمل أن يكون فيه إضمار . تقديره : مثل ابنى فى الحنو وفى غيره ، فلا يعتق . وللأصحاب فى المسألة خلاف ولا رواية فيها عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى . قاله أبو الخطاب .

والذى ذكره القاضى وأصحابه : أنه لايعتق . وأبدى أبو الخطاب احتمالا بالعتق . وتبعه عليه صاحب المغنى والمحرر .

وعلى الأول : إن أمكن أن يكون ابنه ، لكن له نسب معروف . فهل يعتق عليه بذلك ؟ فى للمسألة وجهان . عدم العتق . ذكره أبو الخطاب فى انتصاره احتمالا . والعتق . ذكره القاضى فى خلافه . وابنه أبو الحسين ، والآمدى . وهذا الكلام جميعه مع إطلاق اللفظ .

أما إن نوى بهذه اللفظة الحرية : فينبغى عتقه بهذه النية مع هذا اللفظ . قاله شيخنا أبو الفرج فى تعليقه على المحرر .

قال : ثم رأيت أبا حكيم وجه القول بالعتق . قال : لجواز كونه كناية فى العتق . كما لو قال لامرأته : أنت أمى أو أختى ، يريد به الظهار . وكذلك إذا أراد بقوله : أنت ابنى ، لابن مثله فى الحرية . والله أعلم .

وأما إذا قال لزوجته ــ وهى أكبر منه ــ هذه ابنتى . فإنها لاتطلق بذلك . ولم أر فى ذلك خلافاً .

وفرق ــ على قول ــ بينها و بين مسألة العبد : أن الزوج لا يملك إنشاء التحريم . فلذلك لم يفرق بينهما . وفى مسألة العتق : يملك إنشاء العتق . فيعتق عليه .

وهذا الفرق فيه نظر . فإن قولهم : يملك إنشاء العتق صحيح . لكنه لم ينشىء هنا عتقاً . فلا يعتق عليه . ثم إنه يمكنه تحريم الزوجة بالظهار . فهلا كان ذلك ظهاراً ؟ ولكنه إنشاء الطلاق المحرم .

و بنى الطوفى هذه المسألة على قاعدة أخرى . وهى : أنه هل يشترط لإعمال المجاز حقيقة أم لا ؟ فيشترط عندنا ، وهو قول الشافعية فلا يعتق . وعند أبى حنيفة : لايشترط . فيعتق .

القاعدة ٢٨ ــ إطلاق المشتق ــ كاسم الفاعل واسم المفعول ــ باعتبار الحال : حقيقة بلا نزاع . هكذا ذكر غير واحد .

وظاهره : أنه حين الشروع فى الفعل يسمى فاعلا حقيقة ، قبل وجود مايتناوله مطلق الاسم المشتق منه لحين القبول والإيجاب ، بالنسبة إلى المتبايعين .

ولكن قال أبو الطيب : لا يسمى فاعلا إلا مجازاً . وكذلك قال القاضى أبو يعلى . و إطلاقه باعتبار المستقبل مجاز . ادعى بعضهم الإجماع .

وقال أبو العباس : وهذا غلط . بل هو نوعان .

أحدهما : أن يراد الصفة لا الفعل . كقولهم : سيف قَطوع ، وماء مُروٍ ، وخبز نقيع . فقيل : هذا مجاز . وقال القاضى : بل هوحقيقة . لأن المجاز هو الذى يصح نفيه ، كأب الأب . يسمى أباً مجازاً . لأنه يصح نفيه . فيقال : ليس بأب . إنما هو جد . ومعلوم : أنه لا يصح أن ينفى عن السيف الذى يقطع القطع . فيقال : إنه ليس بقطوع ، ولاعن الخبز الكثير والماء الكثير : إنه غير نقيع وغير مرو . فعلم أن ذلك حقيقة .

والثانى : أن يراد الفعل الذى يحدث وجوده فى المستقبل . وأن لا يتغير الفاعل بفعله . كأفعال الله . واشتهر عند أصحابنا ، وجمهور أهل السنة : أن الله سبحانه موصوف فى الأزل بالخالق ، والرازق حقيقة . قال أحمد : لم يزل الله متكلماً غفوراً رحيما . انتهى .

و إن كان باعتبار الماضى : ففى المسألة مذاهب . أصحها ـ عند الإمام فخر الدين وأتباعه ـ : أنه مجاز . سواء أمكن مقارنته له ، كالضرب ونحوه . أو لم يمكن كالكلام .

والثانى : أنه حقيقة مطلقاً . وهو مذهب أبى هاشم ، وأبى علي ، وابن سينا .

والثالث : التفصيل بين الممكن وغيره . وتوقف الآمدى ، وابن الحاجب . فلم يصححا شيئاً .

والرابع : قول أبى الخطاب . قاله فى مسألة خيار المجلس . وهو الفرق بين ما يعدم عقب وجود مسماه . كالبيع ، والنكاح ، والاغتسال ، والتوضّى . فإن

الاسم يقع عليه بعد ذلك حقيقة . وما يتعذر وجود المسمى جميعه : كان الاسم مجازاً .

والخامس : قول أبي الطيب الطبرى ــ حكاه عنه القاضى أبو يعلى ــ أن هذه الأسماء عنده حقيقة عقب وجود المعنى المشتق منه ، بخلاف ما إذا طال الزمان .

إذا تقرر هذا ، لحاصل ما ذكره الإمام ، والآمدى ، وغيرهما . وصرح به التبريزى فى اختصار المحصول :

أن محل الخلاف فيما إذا لم يطرأ على المحل وصف وجودى يناقض المعنى الأول كالسواد مع البياض ، والقيام مع القعود . فإنه يكون مجازاً اتفاقاً . وهذا كله إذا كان المشتق محكوماً به . كقولك : زيد مشرك ، أو قاتل ، أو متكلم .

فإن كان محكوما عليه . كقوله تعالى (٢٤ : ٢ الزانية والزانى فاجلدوا) (٥:٣٨ والسارق والسارقة فاقطعوا) (٩: ٣٦ وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة . واعلموا أن الله مع المتقين) ونحوه . فإنه حقيقة مطلقا . سواء كان للحال أم لم يكن . إجماعا . ذكره القرافى .

قال : وإلا لتعذر علينا الاستدلال بهذه الآيات . لأنه مامن نص يستدل به إلا وللمخالف أن يقول : هذا إنما يتناول من كان موجوداً حالة نزول الآية . وأما من كان غير موجود : فلا يتناوله إلا بطريق المجاز . والأصل عدم التجوز إلى هذه الصورة . فيحتاج كل دليل إلى دليل آخر : من إجماع ، أو نص . يستدل به على التجوز إلى هذه الصورة . وهو خلاف ما عليه الناس ، بل كل لفظ من هذه الألفاظ : يتم الاستدلال به من جهة اللغة فقط . انتهى .

وأما الاستدلال بالمجاز ، الذى ثبتت صحة التجوز به : فقد صرح القاضى أبو يعلى ــ من أصحابنا ــ بصحة الاحتجاج به . قال : والدلالة عليه : أن المجاز يفيد معنى من طريق الوضع . كما أن الحقيقة تفيد معنى من طريق الوضع ، ألا ترى إلى قوله تعالى (٥ : ٦ أو جاء أحد منكم من الغائط) فإنه يفيد المعنى ، وإن كان مجازاً . وكذلك قوله تعالى (٧٥ : ٢٢ ، ٢٣ وجوه يومئذ ناضرة . إلى

ربها ناظرة) ومعلوم : أنه أراد عين الوجوه ناظرة . لأن الوجوه لا تنظر . وقد احتج الإمام أحمد بهذه الآية فى حصول النظر إلى وجه الله يوم القيامة فى رواية المروذى ، والفضل بن زياد ، وأبى الحارث .

وأيضاً . فإن المجاز قد يكون أسبق إلى القلب . كقول الرجل : لزيد علىّ درهم . فإنه مجاز . وهو أسبق إلى الفهم من قوله : يلزمنى لزيد درهم . وإذا كان يقع بالمجاز أكثر مايقع بالحقيقة : صح الاحتجاج به .

إذا تقرر هذا ؛ فههنا فرعان يتعلقان باسم الفاعل :

أحدهما : إذا قال الكافر : أنا مؤمن ، أو مسلم . فإنه يحكم بإسلامه . نقله أبو طالب عن أحمد . وقاله القاضى أبو يعلى . وأبدى احتمالا آخر : أن هذا فى الكافر الأصلى ، وفيمن جحد الوحدانية . أما من كفر بجحد نبى ، أو كتاب ، أو فريضة ، أو نحو هذا : فإنه لايصير مسلما بذلك . لأنه ربما اعتقد أن الإسلام ماهو عليه . فإن أهل البدع كلهم يعتقدون أنهم هم المسلمون . ومنهم من هو كافر . فإن جعلنا اسم الفاعل حقيقة فى الحال . كان مسلماً وإلا فلا . لأنه لو قال : أنا مسلم بعد ساعة ، أو يوم : لم يحكم بإسلامه . وظاهر كلام أحمد والقاضى : إن قال : أنا مسلم ، ولا أنطق بالشهادة : أنه يكون كما لو تلفظ بالشهادتين . وقال : لا أتلفظ بهما بعد ذلك .

ولكن قد قال القاضى أبو يعلى الصغير ، فى مفرداته ، فى مسألة ترك الصلاة : لا خلاف أن الكافر إذا قال : أنا مسلم ، ولا أنطق بالشهادة : أنه يقبل منه . ولا يحكم بإسلامه . وهذا على قولنا . فإن اسم الفاعل يكون مجازاً . والله أعلم .

الفرع الثانى : إذا قال المدعى عليه : أنا مقر بما يدعيه . فإنه يكون إقراراً . جزم به الأصحاب ، بخلاف مالو قال : أنا مقر ، ولم يقل : بما يدعيه . فإنه لا يكون إقراراً على أشهر الوجهين ، لاحتمال أنه يريد الإقرار بأنه لاشىء عليه .

والوجه الثانى : ــ حكاه المجد وغيره . واختاره أبو العباس ــ : أنه يكون إقراراً ،

لأن المعقول ما فى الدعوى . كما فيما : إذا قال الزوج فى عقد النكاح : قبلت ولم يقل « نكاحها » فإنه ينعقد . على المنصوص عن الإمام أحمد . وهو الصحيح عند الأصحاب .

وهنا قاعدة من جنس قاعدة المشتق من معنى بعد زوال ذلك المعنى . وهى : المضاف بعد زوال موجب الإضافة . كقوله تعالى (٣٣ : ٢٧ وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) وقوله (٤ : ١٢ ولكم نصف ما ترك أزواجكم) وقوله صلى الله عليه وسلم « أيما رجل وجد ماله عند رجل قد أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه » قال بعض الحنفية : صاحب المتاع هو المشترى . وقال القاضى وغيره : معناه الذى كان صاحب المتاع .

قلت : والدليل على ذلك : ما روى مالك ، وأبو داود مرسلا : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « فإن مات المشترى فصاحب المتاع أسوة الغرماء » وقد أسند هذا اللفظ من وجه غير قوى . والله أعلم .

قال القاضى : وهذا مجاز مستعمل يجرى مجرى الحقيقة . وقد قال الله تعالى (٣٣ : ٢٧ وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) ومعناه : التى كانت أرضهم . وقال (٤ : ١٢ ولكم نصف ما ترك أزواجكم) وإنما كن أزواجنا . ومنه قولهم : درب فلان ، وقطيعة فلان ، ونهر فلان .

قال أبو البركات : والصواب أن هذا حقيقة . لأن الإضافة يكفى فيها أدنى ملابسة . لكن قد يكون عند الإطلاق له معنى ، وعند الاقتران بلفظ آخر : له معنى . فرجع إلى أن القرينة اللفظية الدالة بالوضع : هل يكون ما اقترن بها دلالة بالحقيقة أو المجاز ؟ قال : والصواب المقطوع به : أنه حقيقة . وإن كان قد قال طائفة من أصحابنا وغيرهم : إنه مجاز . والله أعلم .

فصل

القاعدة ٢٩ ـ فى تفسير حروف تشتد حاجة الفقهاء إلى معرفتها .

منها « الواو » العاطفة . هل تفيد الترتيب أم لا ؟ فى ذلك مذاهب

أحدها ــ وهو الذى عليه جمهور النحاة والفقهاء ــ : أنها لا تدل على ترتيب ولا معية . قال فى التسهيل : لـكن احتمال تأخر المعطوف كثير ، وتقدمه قليل . والمعية احتمال راجح .

وما ذكره : مخالف لكلام سيبويه وغيره . فإن سيبويه قال : وذلك قولك : مررت برجل وحمار ، وكأنك قلت : مررت بهما . وليس فى هـذا دليل على أنه بدأ بشىء قبل شىء ، ولا بشىء مع شىء . هذا كلامه .

وهذا القول يعبر عنه بأنها : لمطلق الجمع . ولا يصح التعبير بأنها للجمع المطلق لأن « المطلق » هو الذى لم يقيد بشىء . فيدخل فيه صورة واحدة . وهى قولنا مثلا : قام زيد وعمرو ، ولا يدخل فيها القيد بالمعية ، ولا بالتقديم ، ولا بالتأخير لخروجها بالتقييد عن الإطلاق . وأما « مطلق الجمع » فمعناه : أىّ جمع كان . وحينئذ فيدخل فيه الأربعة المذكورة . والله أعلم .

والمذهب الثانى : أنها تدل على المعية . ونقله إمام الحرمين عن الحنفية . وكلام أصحابنا يدل عليه .

والمذهب الثالث : أنها تدل على الترتيب . وممن قال ذلك من أصحابنا ــ عن الإمام أحمد ــ ابن أبى موسى فى الإرشاد ، وأبو محمد الحلوانى وغيرهما ، حتى إن الحلوانى لم يحك خلافا عن أصحابنا ، إلا أنه قال : تقتضى أصولها أنها للجمع .

ونقل هذا المذهب صاحب التتمة من الشافعية عن بعض أصحابهم . وتابع الماوردى فى الوضوء من الحاوى . فنقله عن الأخفش ، وجمهور الشافعية . واختاره الشيخ أبو إسحاق فى التبصرة . نقل هذا المذهب أيضاً قُطْرب عن طائفة من النحاة . منهم : ابن درستويه ، وثعلب ، وأبو عمرو الزاهد ، وابن جنى ، وابن برهان الربعى .

وأنـكر ابن الأنبارى المتأخر هـذا النقل عن جميع من ذكر عن النحاة . وزعم : أن كتبهم تنطق بخلاف ذلك . وقال : لم نر هذا النقل عنهم إلا فى بعض التعاليق الخلافية الفقهية ، لا فى كتب أهل اللغة والعربية .

ويدل على ما ذكره : أن أبا على الفارسى نقل إجماع نحاة أهل الكوفة والبصرة ، على أن الواو العاطفة لمطلق الجمع . وكذلك قال الشيرازى : أجمع نحاة أهل البصرة والكوفة على أن الواو لا تقتضى تقديم شىء ولا تأخير شىء . ولم يصح عنهم فى ذلك شىء ، إلا ما نقل عن الربعى ، فى شرح كتاب الجَرْمي : أنه نقل عن الشافعى أنها للترتيب . قال : فلقوله وجه .

قال ابن الأنبارى : ولا يصح عن الشافعى ذلك . وانها أخذ من قوله فى الوضوء : والترتيب فيه من القراءتين . قال : وقد نص الشافعى على ما إذا وقف على ولده وولد ولده : بالاشتراك .

والمذهب الرابع ــ قاله أبو بكر عبد العزيز بن جعفر من أصحابنا ــ أن الواو العاطفة : إن كان كل واحد من معطوفاتها مرتبطاً بالآخر ، وتتوقف صحته على صحته : أفادت الترتيب بين معطوفاتها . كقوله تعالى (٢٢ : ٧٧ اركعوا واسجدوا) وقوله تعالى (٢ : ١٥٨ إن الصفا والمروة من شعائر الله . فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يَطَّوف بهما) وكآية الوضوء . وإن لم تتوقف صحة بعض معطوفاتها على بعض : لم تدل على الترتيب . كقوله تعالى (٢ : ٤٣ وأقيموا الصلاة ، وآتوا الزكاة) وقوله تعالى (٢ : ١٩٦ وأتموا الحج والعمرة لله) وقد أومأ الإمام أحمد إلى هذا أيضاً .

المذهب الخامس ــ ونقل عن الفراء ــ : أن الواو للترتيب إذا تعذر الجمع . والله أعلم .

إذا تقرر هذا ، فهنا فروع تتعلق بذلك .

منهــــا : إذا قال لزوجته : إن قمت وقعدت فأنت طالق : فلا يقع الطلاق إلا بالقيام والقعود . ولا يكفى أحدهما ، على الصحيح من الروايتين . ولا فرق بين أن يتقدم أحدهما على الآخر أم لا . هكذا ذكر من وقفت على كلامه من الأصحاب . بناء على القاعدة : أن الواو لمطلق الجمع .

ويتخرج لنا قول آخر : أنها لا تطلق حتى تقوم ثم تقعد . كالفاء وثم ، على قولنا : إنها للترتيب .

ومنهـــا : إذا قال لزوجته التي لم يدخل بهـا : أنت طالق وطالق وطالق : طلقت ثلاثاً ، بناء على القاعدة : أنها لمطلق الجمع . هذا هو أصح الروايتين عن أحمد . ونص عليه فى رواية صالح ، والأثرم وغيرهما . وهو المذهب عند الأصحاب .

وعن أحمد : تبين بالأولى . قال ابن أبى موسى : بناء على أن الواو للترتيب ، وفى بناء ابن أبى موسى نظر . بل الأولى فى تعليل أنها تبين بالأولى : لأنه إنشاء . والإنشاءات يترتب معناها على ثبوت لفظها .

ولو علق طلاق زوجته التي لم يدخل بها على شرط . كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق . فدخلت : طلقت ثلاثا . جزم به الشيخ أبو محمد المقدسى وغيره . وسواء قدم الشرط أو أخره . جزم به أبو البركات .

ومنهـــا : لو وقف على أولاده وأولاد أولاده ، وأولاد أولاد أولاده ، فإنه يكون مشتركا بين البطون كلها ، بناء على القاعدة .

وقال الأصحاب : إن رتب أولا ، ثم شرك ثانياً بالواو : اتبع شرطه .

وقال أبو العباس : حرف الواو نحواً لا يقتضى الترتيب . فلا ينفيه ، لكن هى ساكتة عنه نفيا وإثباتا ، ولكن تدل على التشريك . وهو الجمع المطلق . فإن كان فى الوقف مايدل على الترتيب ، مثل أن رتب أولا ، ثم شرك ثانيا : عمل به ، ولم يكن ذلك منافياً لمقتضى الواو . ولم أر لأصحابنا خلافا إذا عطف بالواو وحدها .

فإن قلت : فقد اختار صاحب المغنى : أنه إذا وقف على أولاده وأولاد أولاده ماتعاقبوا على أن من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده : أن هذا يدل على الترتيب .

قلت : إنما اختار هذا لقرينة غير الواو . وهى أن التشريك يقتضى التسوية ،

ومشاركته تؤدى إلى التفضيل، حيث يجمع بين الشركة والنصيب، لكن يتخرج لنا قول آخر بالترتيب. بناء على أن الواو للترتيب.

ومنها: ماقاله بعضهم: إن وجوب الترتيب فى الوضوء. والبداءة بالصفا: بناء على أن الواو للترتيب. وليس بناء جيداً. لأن المذهب الصحيح: أنها ليست للترتيب. والمذهب الصحيح: وجوب الترتيب والبداءة بالصفا. و إنما ثبت هذا بأدلة غير الواو(١).

ومنها: إذا قال: أنت طالق وطالق وطالق إلا واحدة. فهل تطلق ثلاثا أو اثنتين؟ فى المسألة وجهان. والذى جزم به القاضى فى الجامع الكبير: أنها تطلق اثنتين، بناء على القاعدة. والذى صححه صاحب المغنى: ليس مجازاً على قواعد المذهب.

و إن قال: أنت طالق اثنتين واثنتين إلا اثنتين: وقعت الثلاث. جزم به القاضى فى الجامع الكبير. وعلله القاضى بأن الاستثناء رجع إلى مايملكه من العدد. وهو يملك ثلاثا. وقد أوقع أربعاً. فلغت واحدة. و بقى ثلاث. وقد استثنى منها اثنتين. واستثناء الأكثر لايصح.

وهذا الذى قدمه صاحب المغنى، وعلله بأنه إن عاد إلى الجملة التى تليه: فهو رفع لجميعها. و إن عاد إلى الثلاث التى يملكها: فهو رفع لأكثرها. وكلاهما لا يصح.

وأبدى احتمالا آخر: أنه يصح. بناء على أن العطف يجعل الجملتين جملة واحدة. وأن استثناء النصف يصح. فكأنه قال: أربعا إلا اثنتين.

وما قاله القاضى من الاستثناء: يرجع إلى ما يملكه. فهو أحد الوجهين لأصحابنا. والثانى: إلى مالفظ به.

و إن قال: اثنتين واثنتين إلا واحدة. فالذى جزم به القاضى فى الجامع: أنها

---

(١) صح عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال «ابدءوا بما بدأ الله به».

تطلق اثنتين . بناء على قاعدته . وقاعدة المذهب : أن الاستثناء يرجع إلى مايملكه . وأن العطف بالواو يصير الجملتين جملة واحدة .

وأبدى صاحب المغنى احتمالين . أحدهما : هذا . والثانى : لايصح . قال : لأنه إن عاد إلى الرابعة ، فقد بقى بعدها ثلاث . و إن عاد إلى الواحدة الباقية من الاثنتين ، فهو استثناء الجميع .

وما قاله ــ رحمه الله تعالى ــ فى توجيه الاحتمال الثانى : فيه نظر .

و إن فرق بين المستثنى والمستثنى منه . فقال : أنت طالق واحدة وواحدة إلا واحدة وواحدة وواحدة . قال صاحب الترغيب : وقعت الثلاث على الوجهين جميعاً ، يعنى : الوجهين المذكورين فى صدر المسألة .

ومنهـــا : إذا قال لزوجاته الأربع : أوقعت بينكن ــ أو عليكن ــ ثلاث طلقات . فهل يقع بكل واحدة طلقة ، أو ثلاث ؟ فى المسألة روايتان عن الإمام أحمد . ولزوم الثلاث : اختيار أبى بكر ، والقاضى . والواحدة : اختيار المقدسى وأبى الخطاب وغيرهما .

فإن قال : أوقعت بينكن ــ أو عليكن ــ طلقة وطلقة وطلقة . فطريقان للأصحاب أحدهما : يقع بكل واحدة ثلاث ، على الروايتين . وهو طريق صاحب الترغيب . وقدمه صاحب المحرر .

وقال فى المغنى : تطلق كل واحدة ثلاثاً ، لأنه لما عطف وجب قسم كل طلقة على حدتها . قال : و يستوى فى ذلك المدخول بها وغيرها فى قياس المذهب . وفيما قاله ــ رحمه الله تعالى ــ نظر ظاهر .

والطريق الثانى : حكمها حكم مالو قال : بينكن ــ أو عليكن ــ ثلاثاً . وهذا الطريق أقرب إلى قاعدة المذهب .

ومنهـــا : إذا قالت له زوجته التى لم يدخل بها : طلقنى بألف . فقال : أنت طالق وطالق وطالق . قال القاضى فى المجرد : تطلق ههنا واحدة .

وماقاله فى المجرد بعيد على قاعدة المذهب . وخالفه فى الجامع الـكبير . فقال: تطلق ههنا ثلاثا . بناء على قاعدة المذهب : أن الواو لمطلق الجمع . ثم تناقض ، فذكر فى نظيرها : أنها تطلق واحدة .

ومن الأصحاب من وافقه فى بعض الصور ، وخالفه فى بعضها . ومنهم من قال كما قاله فى ذلك . فهو سهو على المذهب .

ولا فرق عندنا بين قوله : أنت طالق ثلاثاً . و بين قوله : طالق وطالق وطالق ، وهو طريق صاحب المحرر فى تعليقه على الهداية .

ومنها : إذا كان للمريض عبدان كل منهما ثلث ماله . فقال : أعتقت هذا وهذا . ولم يُجِز الورثة . فهذه المسألة لم أرها منقولة فيما وقفت عليه من فروع أصحابنا . فيحتمل أن يقال فيها : يعتق أحدهما بالقرعة . كما لو قال : أعتقت هذين . بناء على القاعدة . و يحتمل أن يعتق من ابتدأ بعتقه أولا . لقرينة ابتداء الموصى به . لدلالة الابتداء على الأهلية . والله أعلم .

والتزم الطوفى : أنه يعتق مقدار الثلث منهما .

وما قاله بعيد جداً على المذهب . لاتفاق الأصحاب – فيما علمت – أنه إذا أعتق عبدين لا يملك غيرهما ، ولم يجز الورثة : فإنا نعتق أحدهما بالقرعة إن خرج من الثلث . ونكمل الثلث من الآخر ، و إلا عتق منه بقدره .

لـكن قال أبو بكر ، وابن أبى موسى : إذا شهدت بينة على ميت : أنه أوصى بعتق سالم ، وهو ثلث ماله . وشهدت أخرى : أنه أوصى بعتق غانم . وهو ثلث ماله : أنه يعتق من كل واحد نصفه بغير قرعة .

وما قاله بعيد على المذهب جداً . ولم أر أحداً من الأصحاب خرج قولهما إلى مسألة تنجيز العتق . فحينئذ لم يقل أحد من الأصحاب بما التزم الطوفى .

ومنها : إذا قال : له على درهم ودرهم إلا درهما ، أو : له على درهمان وثلاث . إلا درهمين . فهل يصح الاستثناء ؟ على وجهين . صحح جماعة أن الاستثناء

لا يصح . وما قالوه ليس بصحيح على قاعدة المذهب ، بل قاعدة المذهب : تقتضى صحة الاستثناء .

ومنهـــا : إذا قال الزوج لزوجته : أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إن شاء زيد : طلقت ثلاثاً . ولا يكون استثناء . ذكره القاضى فى الجامع الكبير . لأن الثلاث الأخرى لايملكها . فقد فصل بين الاستثناء و بين الطلاق بكلام حشو.

قلت : وقاعدة المذهب : تقتضى أن الطلاق موقوف على مشيئة زيد ، كما لو قال : أنت طالق ثلاثاً إن شاء زيد . والله أعلم .

القــاعدة ٣٠ ـ « الفاء » تقتضى تشريك مابعدها لما قبلها فى حكمه . واتفق الجمهور على أنها تدل على الترتيب بلا مهلة . و يعبر عنه بالتعقيب . كأن الثانى أخذ بعقب الأول .

وقال الإمام فخر الدين : التعقيب بحسب الإمكان . احترازاً من قولهم : دخلت بغداد فالبصرة . فإذا كان بينهما ثلاثة أيام فدخل بعد الثلاث : فهذا تعقيب عادة ؛ أو بعد خمسة أو أربعة . فليس بتعقيب .

وقال الفراء : يجوز أن يكون مابعدها سابقا .

وقال الجرمى : إن دخلت على الأماكن والمطر : فلا تفيد الترتيب . تقول : نزلنا نجداً فتهامة ، ونزل المطر نجداً فتهامة . و إن كانت تهامة فى هذا سابقة .

إذا تقرر هذا ، فما يتعلق بالقاعدة من الفروع :

إذا قال لزوجته : إن قمت فقعدت فأنت طالق : لم تطلق إلا بهما مرتين . كما ذكر . جزم به جمهور الأصحاب .

وذكر بعض المتأخرين : أن بعض الأصحاب حكى رواية : أن الفاء وثم كالواو ، فى هذه المسألة . فحينئذ يقع الطلاق بالشرطين كيف وجد على هذه الرواية .

و يتخرج لنا رواية : أنها تطلق بوجود أحدهما . ولو قلنا بالترتيب . بناء على أن الطلاق إذا كان معلقاً على شرطين : أنها تطلق بوجود أحدهما .

ومنهـــا : إذا قال لزوجته قبل الدخول : أنت طالق فطالق . فإنها تطلق بالأولى ، ولا يلحقها ما بعدها . سواء فى ذلك التعليق والتنجيز . جزم به الأصحاب . والله سبحانه وتعالى أعلم .

القــاعدة ٣١ - « ثم » من حروف العطف . ويجوز إبدال ثائها فاء وأن تلحق آخرها تاء التأنيث ، متحركة تارة ، وساكنة أخرى . وهى تفيد الترتيب ، ولكن بمهلة . ذكره ابن عقيل ، وكثير من أصحابنا وغيرهم . وتفيد التشريك فى الحكم على قول الأكثر .

وزعم الأخفش والكوفيون : أنه قد يتخلف . وحملوا عليه قوله تعالى (٩ : ١١٨ وضاقت عليهم أنفسهم وظنوا أنه لا ملجأ من الله إلا إليه ، ثم تاب عليهم)

وقيل : تستعمل للترتيب أيضاً بلا مهلة . كالفاء .

وقال الفراء ، والأخفش ، وقُطْرب : إنها لاتدل على الترتيب بالكلية .

وذهب أبو عاصم العبادى من الشافعية : إلى أنها لاتدل على الترتيب . ذكره عنه القاضى الحسين من الشافعية فى فتاويه ، تمسكا بقوله تعالى (٣٩ : ٦ خلقكم من نفس واحدة ثم جعل منها زوجها[1]) و بقوله تعالى (٣٢ : ٧ ــ ٩ و بدأ خلق الإنسان من طين . ثم جعل نسله من سلالة من ماء مهين . ثم سَوّاه ونفخ فيه من روحه) و بقوله تعالى (٦ : ١٥٣ ، ١٥٤ ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون ، ثم آتينا موسى الكتاب) و بقول الشاعر :

إن من ساد ، ثم ساد أبوه ثم ساد قبل ذلك جده

وأجيب عن الآيات وقول الشاعر بأجوبة . ذكرها ابن هشام فى « مغنى اللبيب » ليس هذا موضع ذكرها . والله أعلم .

---

(١) كانت فى الأصل (وهو الذى خلقكم من نفس واحدة ثم جعل منها زوجها) وليس فى القرآن آية كذلك

إذا تقرر هذا ، فمن الفروع التى تتعلق بالقاعدة :

إذا قال لزوجته : إن قمت ثم قعدت فأنت طالق : لم تطلق إلا بهما مرتين . وقد تقدم أن بعض الأصحاب حكى رواية : أنها كالواو . وتقدم التفريع عليها فى قاعدة « الفاء » بما يغنى عن إعادته هنا .

ومنهـــا : فى الوقف إذا وقف على أولاده ، ثم على أولاد أولاده . ثم على المساكين . فينتقل الوقف إلى الموقوف عليهم مرتبا . فلا يستحق أحد شيئاً من البطن الثانى مع وجود أحد من البطن الأول . جزم به الأصحاب .

ومنهـــا : إذا قال لزوجته التى لم يدخل بها : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم طالق ، ثم طالق . فدخلت : طلقت واحدة فبانت بها . ولم يقع غيرها . ذكره صاحب المغنى وغيره .

وحكى صاحب المغنى عن القاضى أنه قال : تطلق واحدة فى الحال . فتبين بها . والذى قاله القاضى فى الجامع — وذكره عنه أبو البركات — أنه إن أخر الشرط طلقت طلقة ، ولغا مابعدها . وإذا قدم الشرط طلقت الثانية ، ولغت الثالثة . وتعليق الأولى بحاله .

وإن كانت مدخولا بها : لم تطلق حتى تدخل . فتطلق ثلاثاً . ذكره صاحب المغنى وغيره . وقال القاضى : تطلق طلقتين فى الحال . وتقف طلقة على الشرط .

القاعدة ٣٢ — « إنما » بالكسر : تفيد الحصر . واختار الآمدى : أنها لا تفيده ، بل تفيد تأكيد الإثبات . ونقله أبو حيان فى شرح التسهيل عن البصريين . وهو قول جمهور النحاة . وابن الحاجب لم يصحح شيئاً .

وإذا قلنا : إنها تفيد الحصر . فهل تفيد بالمنطوق ، أو بالمفهوم ؟ فيه مذهبان . حكاهما ابن الحاجب ، والرويانى الشافعى . واختار ابن المَنّى ، وغيره — من أصحابنا — أنها تفيد مطلقاً . واختار القاضى وابن عقيل ، والحلوانى ، ومن

الشافعية : الشيخ أبو إسحاق الشيرازى ، والغزالى ، وألـكيا الهرّاسى ، وطائفة من المتأخرين : أنها تفيدها .

وأما « أنما » بالفتح : فقال ابن هشام : الأصح أن حرف « أن » فيها فرع « إن » المكسورة . ومن هنا صح أن الزمخشرى يدعى أن « أنما » بالفتح . تفيد الحصر . كإنما . وقد اجتمعا فى قوله تعالى (١٨ : ١١٠ يُوحَىٰ إِلَيَّ أَنَّمَا إِلَٰهُكُمْ إِلَٰهٌ واحد) وقول أبى حيان : هذا شىء انفرد به ، ولا يعرف القول بذلك إلا فى « إنما » المكسورة : مردود بما ذكرت .

وقوله : إن دعوى الحصر هنا باطلة . لاقتضائها أنه لم يوح إليه غير التوحيد : مردود أيضاً بأنه حصر مفيد ، إذ الخطاب مع المشركين . فالمعنى : ماأوحى إلىَّ فى أمر الربوبية إلا التوحيد ، لا الإشراك . وإلا فما الذى يقوله فى نحو (٣ : ١٤٤ وما محمد إلا رسول) .

القاعدة **٣٣** ـ « الباء » للإلصاق : سواء دخلت على فعل لازم أو متعد . عند جمهور أهل اللغة . وقال بعضهم : الباء للتبعيض .

وقال ابن كيسان ، و بعض الشافعية : إذا دخلت على متعد اقتضت التبعيض كقوله(امسحوا برءوسكم) صوناً للكلام عن العبث .

وفرع بعضهم على هذا الخلاف : الخلاف فى استيعاب مسح الرأس بالماء فى الوضوء .

وفرع بعضهم مسح البعض على أن « امسحوا برءوسكم » مجمل . والقدر المشترك : مايقع عليه الاسم . فكان المتحقق .

وفرعه بعضهم على أن الأمر بالفعل : هل يكتفى فى امتثاله بالإتيان بما يقع عليه اسم ذلك أم لا ؟ وكل هذه التفاريع ضعيفة .

أما الأول : فقد أنكر حذاق أهل العربية ورودها للتبعيض .

قال أبو بكر عبد العزيز : سألت ابن دريد ، وابن عرفة عن الباء تبعض ؟

فقالا : لا نعرف فى اللغة الباء تبعض . وكذلك قال ابن جنى ، وابن برهان ، وغيرهما .

فإن قلت : إنكار ابن جنى وغيره : شهادة على نفى غير محصور . فلا تسمع .

قلت : هذا ممنوع . فإن العالم بفن أدلة علميته : الفحص والتحقيق . قيل : منه النفى . والله أعلم .

وذكر سيبويه : أنها للإلصاق . ولم يذكر سواه . ولكن أثبت قوم : أنها للتبعيض . منهم : الأصمعى ، والقتيبى ، والفارسى فى التذكرة . وقال بعضهم به . من المتأخرين : ابن مالك . والأظهر : حمل قول من قال : إنها للتبعيض على أنه مجاز . ومن قال : إنها للإلصاق على أنه حقيقة . كما قال غير واحد من أئمة العربية : الباء أصلها للالصاق .

وأما قول من قال : إذا دخلت على متعد اقتضت التبعيض صوناً للكلام عن العبث . وهذا قاله فى المغانم .

فجوابه : قد تكون فى الفعل المتعدى زائدة للتأكيد . كقوله تعالى (٢٣ : ٢٠ تَنْبُتُ بالدُّهْن) أى تنبت الدهن . وكقوله تعالى (٢:١٩٥ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة) أى أيديكم . ويدل على أنها زائدة فى الآية : عدم اقتصار النبى صلى الله عليه وسلم ـ فى الأحاديث الصحيحة ـ على مسح بعض رأسه .

وقال بعضهم : الباء فى « برءوسكم » للاستعانة . وإن فى الكلام حذفاً وقلباً فإن « مسح » يتعدى إلى المزال عنه بنفسه ، وإلى المزيل بالباء . فالأصل : امسحوا رءوسكم بالماء . ذكره ابن هشام .

وأما الثانى ـ وهو أن الآية مجملة ـ فالذى عليه المحققون من الأصوليين من أصحابنا وغيرهم : أن الآية غير مجملة . وإنما حكى إجمالها عن الحنفية . ذكره

فى المسودة . لأنه إن ثبت عرف فى الـكل ـ كما قاله الجمهور ـ فلا إجمال . و إن ثبت بعض ـ كما قال الشافعى . ومن وافقه ـ فلا إجمال .

قالوا : العرف فى نحو : مسحت بالمنديل : البعض .

وجوابه : لأنه آلة . بخلاف مسحت بوجهى . ذكره ابن الحاجب .

وأما الثالث ـ وهو أن الأمر بالفعل : هل يكتفى فى امتثاله بالإتيان بما يقع عليه اسم ذلك . أم لابد من استيعاب ذلك الاسم ؟

جوابه : أن هذه المسألة فيها قولان للعلماء . اختار القاضى عبد الوهاب المالـكى الاقتصار على أول ذلك الاسم . والزائد على ذلك : إما مندوب أو ساقط

قال القرافى فى شرح التنقيح : وكثير من الفقهاء غلط فى تصوير هذه المسألة ، حتى خَرَّج عليها ما ليس من فروعها .

فقال أبو الطاهر وغيره ، فى قول الفقهاء « التيمم إلى الـكوعين ، أو إلى المرفقين ، أو إلى الابطين » فيه ثلاثة أقوال : إن ذلك يتخرج على هذه القاعدة . هل يؤخذ بأوائل الأسماء ؟ فيَقتصر على الـكوع ، أو أواخرها ، فيصل إلى الإبط ؟ و يجعلون كل ما هو من هذا الباب يتخرج على هذه القاعدة . وهذا باطل إجماعا .

ومنشأ الغلط : إجراء أحكام الجزئيات على الأجزاء ، والتسوية بينها . ولا خلاف أن الحـكم فى الـكل لا يقتصر به على جزئه . فلا يجوز ركعة عن ركعتين فى الصبح ، ولا يوم عن شهر رمضان فى الصوم . ونظائره كثيرة .

إنما معنى هذه القاعدة : إذا علق الحـكم على معنى كلى له محال كثيرة ، وجزئيات متساوية فى العلوم واللغات ، والقلة والـكثرة . هل ذلك الحـكم على أدنى المراتب ؟ هذا موضع الخلاف .

ومثاله : إذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا ركعتَ فاطمأن » فأمر بالطمأنينة . فهل يكتفى بأدنى رتبة يقصد فيها الطمأنينة ، أو يفعل أعلاها ؟ وكذلك

قوله صلى الله عليه وسلم « خللوا الشعر ، وأنقوا البشرة » يقتضى التدليك . هل يقتصر على أدنى رتبة ، أو أعلاها ؟ .

فهذه القاعدة فى الجزئيات والمحل ، لا فى الأجزاء .

ثم الفرق بينهما : أن الجزء لا يستلزم الكل . فلذلك أجزأ الثانى دون الأول . وأدنى رتبة الموالاة : موالاة . وليست الركعة ركعتين ، ولا اليوم شهراً .

وعبارة القاضى عبد الوهاب صحيحة فى قوله : تقتضى الاقتصار على أوله . أى أول رتبة . فمن فهم أول أجزائه : فقد غلط . انتهى .

قلت : فإذا تقرر هذا . فقد بان بطلان التفريع على هذه القاعدة . إذ مسح الرأس حكم فى الكل . فلا يقتصر على جزئه . لاحكم فى الكل ، فيقتصر على أجزائه ، على أحد القولين . والله أعلم .

القاعدة ٣٤ ـ «حتى» فى اللغة : للغاية . ومواضعها متعددة . وهى فى قوله تعالى (٢:٢٣٠ حتى تنكح زوجا غيره) كذلك . ومعناها : انتهاء التحريم الثابت بطلاق الزوج الأول عند وطء الثانى . فيعود الحل الذى كان قبل الطلاق بعقد جديد .

وقال أبو حنيفة : معناها الرفع والقطع . كقوله تعالى (٤ : ٤٣ حتى تغتسلوا) أى : ترفعوا الجنابة ، وتقطعوا حكمها . فمعناه فى الآية : حتى يرفع الزوج الثانى النكاح الأول ، ويقطع أحكامه .

وماقاله أبو حنيفة ـ من جهة اللغة ـ لا أصل له .

وفرع بعضهم على هذا الخلاف : الخلاف فى مسألة هدم الطلاق .

وهى : أن من طلق زوجته دون الثلاث ، وتزوجت ، ثم عادت إليه بنكاح جديد . فإنها تعود على مابقى من نكاحها الأول عندنا . على الصحيح من الروايتين عن الإمام أحمد . لأن النكاح الثانى عَلَمٌ على انتهاء علة التحريم . فلا دخل له فى هدم الطلاق .

وعند أبى حنيفة تعود له بطلاق كامل . لأن الزواج رفع آثار العقد الأول وقطع حكمه .

القاعدة **٣٥** ـ « إلى » لانتهاء الغاية . وهل يدخل ما بعدها فيما قبلها ؟ فى المسألة مذاهب .

أحدها ـ وهو المشهور ـ : أنه لا يدخل ، بل تدل على خروجه . وهـذا مذهب الشافعى والجمهور . وصرح به إمام الحرمين الشافعى فى البرهان .

والمذهب الثانى : أن الغاية المحصورة تدخل ، وعن أحمد : مايدل عليه .

والمذهب الثالث : إن كانت الغاية من جنس المحصور ـ كآية الوضوء ـ دخلت . و إن كانت من غير جنسه . كقوله (٢:١٨٧ ثم أتموا الصيام إلى الليل) لم تدخل . وهذا قول أبى بكر عبد العزيز بن جعفر من أصحابنا . قاله فى وضوء التنبيه .

والمذهب الرابع : إن لم تكن معه « من » دخل ، و إلا فلا . نحو بعتك من هذه الشجرة إلى هذه الشجرة .

والمذهب الخامس ـ رجحه فى المحصول والمنتخب ـ إن كان منفصلا عما قبله بمنفصل معلوم بالجنس . كقوله تعالى (٥:٦ وأيديكم إلى المرافق) فإن « المرفق » منفصل بجزء مشتبه . وليس تعيين بعض الأجزاء أولى من تعيين البعض . فوجب الحكم بالدخول .

والمذهب السادس ـ وهو مذهب سيبويه ، كما قاله فى البرهان ـ : أنها إن اقترنت بـ « من » فلا يدخل . و إلا فيحتمل الأمرين .

والمذهب السابع ـ واختاره الآمدى ـ : أنها لا تدل على شىء . ولم يصحح ابن الحاجب شيئاً .

تنبيه : أطلق العلماء الخلاف فيما بعد الغاية . هل يدخل فيما قبلها ؟ ولم يفصلوا وقال القرافى ، فى شرح التنقيح : ينبغى أن يحمل الخلاف على « إلى » دون

« حتى » فيجب تضافر قول النحاة أن « حتى » لها شروط : أن يكون ما بعدها من جنس ماقبلها ، وداخلا فى حكمه ، وأخرجوه منه ، أو متصلا به ، فيه معنى التعظيم والتفخيم .

فنصوا على اندراج ما بعدها فى الحكم . فما بقى لدخول الخلاف فى اندراجه فائدة ، بل يندرج ليس إلا .

ويحمل الخلاف على « إلى » فإنه ليس فيها نقل يعرف هنا . والله أعلم .

قال ابن هشام : وليس كما ذكر القرافى ، بل الخلاف مشهور ـ يعنى : فى دخول ما بعد حتى ـ وإنما الاتفاق فى « حتى » العاطفة ، لا الخافضة .

والفرق : أن العاطفة بمنزلة الواو .

إذا تقرر هذا ، فههنا فروع تتعلق بالقاعدة .

منهـــا : إذا شرط العاقدان الخيار فى البيع ـ أو غيره ـ بما يشرع فيه الخيار ، إلى الليل أو الغد : لم يدخل الليل أو الغد فى المدة . فى أصح الروايتين . بناء على المشهور من القاعدة . وعن الإمام أحمد ـ رضى الله عنه ـ رواية أخرى : يدخل . بناء على الرواية الثانية المقيدة فى القاعدة .

ومنهـــا : هل يجب إدخال المرفقين والكعبين فى الوضوء أم لا ؟ مذهبنا : الوجوب . وقال داود ، وزفر : لا يجب .

قال الطوفى : والخلاف فى الوجوب وعدمه ينبنى على هذه القاعدة .

قلت : قول داود وزفر : رواية عن الإمام أحمد . ذكرها صاحب الرعاية .

وأما الوجوب وعدمه على القاعدة : فليس بناء جيدا . لأن المذهب : أن مابعد الغاية لا يدخل فيما قبلها . والمذهب : وجوب الغسل . وإنما أقرب المآخذ قد يفيد : أن الحدث لا يتيقن زواله إلا بغسل المرفقين ، إذ بدونه يشك فى زوال الحدث . والأصل بقاؤه . فيبقى ذلك من قاعدة « مالا يتم الواجب إلا به » وقد تقدم تقرير ذلك . والله أعلم .

ومنهـــا : إذا قال : أنت طالق من واحدة إلى ثلاث . فهل تطلق ثلاثا ، أو اثنتين ؟ على روايتين . ذكرهما أبو البركات وغيره . والمذهب : أنها تطلق اثنتين .

ومأخذ الروايتين : البناء على القاعدة . فإن قال : نويت واحدة ، ولم أنو الابتداء والغاية : دُيِّن . وهل يقبل فى الحكم ؟ على روايتين . ذكره القاضى فى الجامع .

ويتخرج لنا وجه : أنها تطلق واحدة . ولو لم يقل : نويتها . مثل إيقاع الإقرار بالدراهم الثمانية إلغاء للطرفين .

ومنهـــا : إذا حلف لا يفعل شيئاً إلى يوم الفطر . فلما كان يوم الفطر فعله . نقل أحمد بن محمد صدقة عن الإمام أحمد : الحنث . ونقل محمد بن موسى التبريزى : عدمه . وذكر القاضى فى الجامع الكبير فى المسألة التى قبل هذه المسألة أصل لوجهين .

ومنهـــا . لو قال الموصى : يعطى فلان من واحد إلى عشرة . فإن وصيته بعشر ، على التخيير فيما فوق واحد .

ومن الناس من يجعله على الخلاف فى الأقارب ، هل يجب تسعة ، أو ثمانية ، أو عشرة ؟ قال فى الحاوى : فى الأول أظهر . فإن استعمال هذه الصيغة فى الأمر والإذن يفهم منهـا التخيير . فوجب الحول عليه . وأما الإقرار فلا يقبل التخيير فى إيقاع واحد منها . فافترقا . والله أعلم .

ومنهـــا : إذا قال له : من هذا الحائط إلى هذا الحائط . جزم القاضى فى الجامع الكبير : أنه لا يدخل الحائطان . قال : لأن ذكر الحائطين فى الإقرار على جهة التحديد ، ولكن لا يدخل فى المحدود . ألا ترى أنه لو قال فى المشترى: حده الأول : الطريق ، لم يدخل الطريق فى الحد .

ومنهـــا إذا : أجل المسلم أو غيره من الديون إلى المحرم ـ مثلا ـ تعلق بأوله . جزم به الأصحاب .

ويتخرج لنا وجه : أنه لايحل إلا بانقضائه ، من مسألة الأيمان . فيتيقن به والله أعلم .

ومنهـــا : أن جراح المرأة تساوى جراح الرجل فيما دون الثلث . وعنه : على نصفه .

فعلى الأولى : هى فيما فوق الثلث على النصف . وفيما فوق الثلث روايتان .

ومأخذ الروايتين : مارواه النسائى « عقل المرأة مثل عقل الرجل ، حتى يبلغ الثلث من ديتها » رواه من رواية إسماعيل بن عياش عن عبد الله بن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . وقال : إسماعيل ضعيف كثير الخطأ .

وقال جماعة من الأصحاب : الصحيح أنه لايبلغ الثلث ، لأن « حتى » للغاية . فيجب أن تكون مخالفة لما قبلها . كقوله تعالى (٩ : ٢٩ حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) .

وهذا صريح فى رد ماقاله القرافى . وهو : أن الخلاف فى « إلى » دون « حتى »

ومنهـــا : إذا قال المقر : له على من درهم إلى عشرة . فماذا يلزمه ؟ فى المسألة ثلاثة أوجه .

أصحها : أنه يلزمه تسعة . بناء على أن مابعد الغاية لايدخل فقط . وهو الدرهم العاشر ، والثانى عشر . وحكى رواية بناء على تناول مابعدها .

وقيل : ثمانية ، إلغاء للطرفين . وجزم به ابن شهاب . وكما لو قال : من هذا الحائط إلى هذا الحائط .

قال القاضى فى الجامع : إنما التزمنا الابتداء فى العدد ، لأنا نحتاج أن نبنى عليه الثانى . ولا يصح بناء الثانى إلا بعد دخول الابتداء . وليس كذلك الغاية . لأنا لانحتاج إلى أن نبنى عليها شيئا . فلم يجز إثباتها .

وقال أبو العباس : والذى ينبغى : أن يجمع مابين الطرفين من الأعداد . فإذا قال : من واحد إلى عشرة ، لزمه خمسة وخمسون إن أدخلنا الطرفين ، وخمسة وأربعون إن أدخلنا المبتدأ فقط ، وأربعة وأربعون إن أخرجناهما .

وماقاله ـ رحمه الله ـ ظاهر على قاعدته . إن كان ذلك عرف المتكلم . فإنه يعتبر فى الإقرار عرف المتكلم ، وتنزيله على أقل محتملاته .

وأصحابنا قالوا : يلزمه خمسة وخمسون ، إن أراد مجموع الأعداد .

وطريق ذلك : أن يزيد أول العدد ـ وهو واحد ـ على العشرة . ويضربها فى نصف العشرة . يكون المبلغ . والله أعلم .

وإن قال : مابين عشرة إلى عشرين ، أو من عشرة إلى عشرين . قال أبو البركات : لزمه تسعة عشر على الأول وعشرون على الثانى . وقياس الثالث : تسعة

ومنهـا : إذا قال : أنت طالق إلى مكة ، ولم ينو بلوغها . طلقت فى الحال . وجزم به بعض المتأخرين . ولكنه يقول : ينبغى أن يحمل الكلام على جهة صحيحة : وهو إما أنه يحمل على معنى : أنت طالق إذا دخلت إلى مكة . أو إذا خرجت إلى مكة . فإن حمل على إذا دخلت إلى مكة . فلا تطلق إلا بالدخول إلى مكة . وهذا أولى لبقاء نفى النكاح . وإن حمل على إذا خرجت إلى مكة . فيكون حكمها حكم المسألة بعدها .

ومنهـا : إذا قال لزوجته : إن خرجت إلى العرس أو إلى الحمام بغير إذنى . فأنت طالق . فخرجت إلى ذلك تقصده ولم تصل إليه . فهل تطلق أم لا تطلق حتى تصل إليه ؟ فهذه المسألة لم أرها منقولة فيما وقفت عليه من كتب أصحابنا .

ويحتمل أن يقال : إنها تخرج على مسألة الاكتفاء ببعض الصفة .

ولأصحابنا فى الأكثر ـ ببعض الصفة فى الطلاق والعتاق ـ طرق ثلاثة .

إحداهن : الاكتفاء بذلك . كما يكتفى فى اليمين ، على إحد الروايتين . وهى طريقة القاضى . واستثنى فى الجامع من ذلك : أن تكون صفة معاوضة .

والثانية : لا نكتفى بها . وإن اكتفينا ببعض المحلوف عليه فى اليمين .

والثالثه : إن كانت الصفة تقتضى حضاً أو منعاً ، وتصديقا أو تكذيبا . فهى كاليمين ، وإلا فهى علة محضة . فلا بد من وجودها بكمالها . وهى طريقة صاحب المحرر .

فإذا تقرر هذا ، فمتى خرجت لذلك طلقت . وصلت إلى الحمام أم لم تصل . بناء على طريقة صاحب المحرر ، إن قصد منعاً . أو بناء على طريقة القاضى ، إن لم يقصد شيئاً . والله أعلم .

تنبيه : لفظة « إلى » قد تكون لابتداء الغاية ، مثال ذلك : إذا قال لزوجته : أنت طالق إلى شهر . فلا تطلق إلا بعد الشهر . هذا المذهب . قال فى المغنى : لأنه جعل للطلاق غاية ، ولا غاية لآخره . وإنما الغاية لأوله . وحكى رواية : أنه يقع الطلاق فى الحال ، كما لو نوى إيقاعه فى الحال .

وذكر ابن عقيل رواية : يتأخر الطلاق إلى ما بعد شهر . ولو نوى إيقاعه ، وتأخر وقوعه إلى ما بعد شهر . فروى عن ابن عباس وعن أبى ذر فى العتق .

القاعدة ٣٦ — « فى » للظرفية تحقيقا . كزيد فى الدار ، أو تقديراً كقوله (٢٠ : ٧١ لأصلبنكم فى جذوع النخل) أو مجازاً محضا : كزيد ينظر فى العلم . أو يخوض فى الباطل . وأنكر جماعة من الأدباء كونها للسببية .

قال بعضهم : وقول الفقهاء « هى للسببية » لم يعرف عن أئمة اللغة .

وقال القرافى : الصحيح ثبوته . لقوله صلى الله عليه وسلم « فى النفس المؤمنه مائة من الإبل » فإن النفس ليست ظرفا . وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث الإسراء « رأيت امرأة عجل الله بروحها إلى النار . لأنها حبست هرّة حتى ماتت جوعاً وعطشا . فدخلت النار فيها » معناه : بحبسها ، لأنها ليست فى الهرة . ومنها : الحب فى الله ، والبغض فى الله . أى بسبب طاعة الله أحب فى الله . وأبغض بسبب معصية الله تعالى .

وتستعمل « الباء » لمعناها . كقوله تعالى (٣٧ : ١٣٧، ١٣٨ وإنكم لتمرون عليهم مصبحين . وبالليل) أى : وفى الليل . وتستعمل بمعنى « مع » كقوله تعالى (٨٩ : ٢٩ فادخلى فى عبادى)

إذا تقرر هذا ، فمما يتعلق بالقاعدة :

إذا قال لزوجته : أنت طالق فى يوم كذا ، أوفى شهر كذا . طلقت بأوله . لأنه جعل الشهر أو اليوم ظرفا للطلاق . فإذا وجد ما يكون ظرفا له : طلقت . بناء على القاعدة . فلو قال : أردت آخره : دُيِّن . وهل يقبل فى الحكم ؟ على روايتين .

ولو قال : أنت طالق فى يوم كذا : طلقت بأوله . ولو قال : أردت آخره لم يقبل فى الحكم . ولم يدين ، على مارواه مهنا . وقيل : يُديَّن .

ولو قال : أنت طالق فى الحول . اختار ابن أبى موسى ، و بعض المتأخرين — قال وهى رواية عن أحمد — : أنها تطلق فى رأسه .

قلت : وكلام غير واحد يقتضى أنها تطلق فى الحال .

ومما يتعلق بالقاعدة أيضاً :

إذا قال : أنت طالق طلقة فى اثنتين ، ونوى طلقة مع طلقتين : طلقت ثلاثاً . بناء على ماتقدم من أن « فى » تستعمل بمعنى « مع » وقد نواه . فيترتب عليه مقتضاه .

و إن لم يكن له نية . فماذا يلزمه ؟ لنا فى المسألة أربعة أوجه . حكاها أبوالبركات أحدها : يلزمه طلقتان . وهو قول أبى بكر . والثانى : تلزمه طلقة . والثالث : طلقتان بالحساب ، وطلقة بغيره . وقيل : طلقتان بالحساب وثلاث بغيره .

و إن نوى بذلك طلقة فقط . أو نوى موجب الحساب : وقع مانواه .

وقيل : نية من لم يعرف الحساب له كالمعدومة .

***القاعدة* : ٣٧** — لفظة « من » ذكر ابن هشام فى مغنى اللبيب : أنها

تأتى على خمسة عشر وجها ، وعَدَّها . وأشهر معانيها : التبعيض ، والتبيين ، وابتداء الغاية

وقال ابن عقيل ، فى موضع من كلامه : هى حقيقة فى التبعيض . وحكى بعض أصحابنا أنها حقيقة فى ابتداء الغاية .

وذكر ابن هشام : أن الغالب عليها ابتداء الغاية . فإن « حتى » ادعى جماعة : أن سائر معانيها راجعة إليه . قال : وتقع كذلك فى غير الزمان . نحو (١٧ : ١ من المسجد الحرام) (٢٧ : ٣٠ إنه من سليمان) .

قال الكوفيون ، والأخفش ، والمبرد ، وابن درستويه : وفى الزمان أيضاً بدليل (٩ : ١٠٨ من أول يوم) وفى الحديث « فمطرنا من الجمعة إلى الجمعة » .

وهل يدخل ما دخلت عليه فى خبر غايتها ؟ فى المسألة قولان . حكاهما القرافى . وجزم غيره بعدم الدخول . ومن أمثلة التبعيض : قوله تعالى (٢ : ٢٥٣ منهم من كلم الله) وعلامتها : إمكان سد « بعض » مسدها ، كقراءة ابن مسعود (٣ : ٧٣ حتى تنفقوا مما تحبون) .

ومن أمثلة بيان الجنس قوله تعالى (٣١:١٨ يُحَلَّون فيها من أساور من ذهب . ويلبسون ثياباً خضراً من سندس وإستبرق) وقوله (٢٢ : ٣٠ فاجتنبوا الرجس من الأوثان) .

وأنكر هذا المعنى قوم . وقالوا : « من » فى الآية الأولى للتبعيض . وفى الثانية للابتداء . والمعنى : فاجتنبوها . وهو عبادتها . ومثله قول تعالى (٣ : ١٧٢ الذين استجابوا لله والرسول من بعد ما أصابهم القَرْح . للذين أحسنوا منهم واتقوا أجر عظيم) وكلهم محسن متق . وذكر بعضهم قولا : أن « من » تختص بالتبيين .

إذا تقرر هذا ، فيتعلق بالقاعدة مسائل :

منهـــا : قوله تعالى (٥ : ٦ فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) فذهب الإمام أحمد إلى أنها للتبعيض هنا . وأيد قوله بما صح عن ابن عباس

رضى الله عنهما أنه قال « الصعيد تراب الحرث » وقوله صلى الله عليه وسلم : « جعلت الأرض كلها لنا مسجداً ، وجعل ترابها لنا طهورا » رواه مسلم .

ومنهـــــا : إذا قال رجل لآخر : بع ماشئت من مالى . فهل يبيع الجميع استعمالا للفظة « من » بمعنى التبيين ، أو البعض ، استعمالا لها بمعنى التبعيض ؟ فظاهر كلام الأصحاب : جواز بيع الجميع ، لأنهم قالوا : إذا وكله فى بيع ماله ، أو ماشاء منه ، أو قبض ديونه كلها ، أو الإبراء منها ، أو مشاء منها : صح . قالوا : لأنه يعرف ماله ودينه . فيعرف أقصى مايبيع وما يقبض . فيقل الغرر .

فجعلوا المصحح للبيع معرفة الموكل أقصى ما يفعله الوكيل . وأقصى ما يفعله الوكيل : هو بيع الجميع .

ومقتضى ذلك : أنه لو وكله فى بيع بعض ماله : أنه لا يصح للجهالة .

وقد صرح بعض أصحابنا فى طريقته : أنه إن وكله فى بعض ماله : أن لا يصح أحد شيئين . كطلاق إحدى زوجتيه ، وعتق إحدى عبديه : أنه لا يصح . قال : لجهالة الوكالة . فلا يصح على قوله : إذا وكله فى بيع بعض ماله ، أو بيع أحد هذين . لعموم قوله « لجهالة الوكالة » ولـكن قول هذا فى طريقته بطلاق وعتق إحداهما مشكل . فإن الإبهام لا ينافى الطلاق والعتق ، ولـكن ينافى البيع . فإذا وكله فى طلاق إحداهما أو عتقه . ففعل الوكيل ما أذن له فيه : فإنه ينبغى أن يصح . وتخرج المطلقة والمعتقة بعد ذلك بالقرعة .

وأما إذا قال : وكلتك فى بيع أحد هذين . فباع أحدهما . فإنه لا يصح ، إذ الجهالة تنافى البيع .

وقد يقال : إنه إذا وكله فى بيع أحد هذين : أنه يصح . ويبقى الوكيل مخيراً فى إيقاع العقد على أيهما شاء معينا ، بخلاف ما إذا وكله فى بيع بعض ماله : لا يصح . لإفضائه إلى التنازع . والله سبحانه وتعالى أعلم .

وذكر الأزجى فى : بع من عبيدى من شئت « من » للتبعيض . فلا يبيعهم

إلا واحداً . ولا الكل . لاستعمال هذا فى الأقل غالباً . وقال : هذا ينبنى على الأصل . وهو استثناء الأكثر . وذلك لايجوز . انتهى .

وقد يقال : إن مراده أن يحذو بذلك حذو الاستثناء . فإنه عندنا يصح استثناء الأقل لا الأكثر . والنصف على الصحيح . فيبيع الأقل كما يستثنى الأقل .

يريد هذا : أنه قال فى تعليله يمنع بيع الكل ، أو إلا واحداً ، لاستعمال هذا فى الأقل غالباً . فقد يؤخذ من كلام الأزجى : أنه لو وكله فى بيع بعض ماله : أنه يصح ، أخذاً من هذه المسألة .

وقد يقال : إنما قلنا بالصحة هنا : لاستعمال هذا فى الأقل . فكأنه نص عليه بلفظه ، بخلاف البعض . فإنه ليس له استعمال لفظ : بالأقل ، ولا بالنصف ، ولا بالغالب . فيبطل .

ولقائل أن يقول : له بيعهم إلا واحداً . أخذاً مما نص عليه أحمد فى رواية مهنا : إذا قال الرجل لزوجته : اختارى من ثلاث طلقات ماشئت . لها أن تطلق نفسها طلقتين . ولا تملك الثالثة . وجزم به الأصحاب . وعللوه بأن « من » للتبعيض . فكذلك مسألة الوكالة .

ومنهـا : إذا قال : له علىَّ من درهم إلى عشرة . فماذا يلزمه ؟ . فى المسألة ثلاثة أوجه .

أحدها : ثمانية ، إلغاء للطرفين « من » و « إلى » وجزم به ابن شهاب . وقيل : عشرة . وحكى رواية . بناء على دخول مادخلت عليه فى خبرغايتها . و بناء على أن مابعد الغاية لايدخل فيما قبلها . وقد تقدم ذلك فى قاعدة انتهاء الغاية مستوفى . والله أعلم .

ومنهـا : لو قال لوكيله : تصدق من مالى . فهل يملك الوكيل التصدق بالكثير الزائد على مايتناوله الاسم ؟ منعه أبو الخطاب ، وابن عقيل ، ثم سلماه . لأنه لو أراد مقداراً لذكره .

ومنها : لو أوصى السيد أن يوضع عن مكاتبه ماشاء من مال الكتابة : لم يوضع الكل . لأن « من » للتبعيض . كذا ذكره القاضى ، وأبو محمد المقدسى .

قال الحارثى : وفيه نظر . فإنه لا يمنع أن تكون « من » لبيان الجنس . لأن ماقبل أعم مما بعد . فإذاً لا يوضع الكل . وقد يقال : ليس عليه إلا جنس واحد . فلا يظهر تعيين الجنس . والله أعلم .

ومنها - ماذكره ابن الصيرفى فى نوادره - لو قال قائل لآخر : خذ من هذا الكيس ماشئت : له أخذ مافيه جميعاً . ولو قال : خذ من هذه الدراهم ماشئت : لم يملك أخذ كلها ، إذ الكيس ظرف . فإذا أخذ المظروف حسن أن يقال : أخذت من الكيس مافيه . ولا يحسن أن يقال : أخذت من الدراهم كلها .

القاعدة : ٣٨ - « الكلام » ونحوه ، كالقول ، والكلمة عندنا : تطلق على الحروف المسموعة حقيقة . وتطلق على مدلول ذلك مجازاً . وصححه الإمام فى المحصول ، والمنتخب فى الأوامر . ونقل فى الكتابين المذكورين عن المحققين : أنه مشترك بينهما . واقتصر عليه .

وقال بعض المتكلمين « الكلام » حقيقة فى مدلوله مجاز فى لفظه . وقيل : هو مشترك بينهما . والأقوال الثلاثة منقولة عن الأشعرى . فيما حكاه ابن برهان عنه .

إذا تقرر هذا ، فمن فروع القاعدة :

اختلاف أصحابنا فى قوله صلى الله عليه وسلم « فإذا كان يوم صيام أحدكم فلا يَرْفُثْ ولا يَجْهَل . فإن أحدٌ شاتمه ، أو قاتله . فليقل : إنى صائم » هل يقول ذلك بلسانه أو بقلبه ؟ فى المسألة ثلاثة أوجه لنا .

أحدها : يقوله مع نفسه - يعنى يزجرها - ولا يطلع الناس للرياء . قاله صاحب الرعاية .

والثانى : يجهر به مطلقاً . حكاه أبو العباس واختاره . لأن القول المطلق باللسان . يؤيد ماقاله : أنه لو حلف إنسان أن لا يتكلم ، أو لا يقرأ ، أو لا يذكر : فإنه لا يحنث إلا بما تكلم بلسانه ، دون مايجرى على قلبه .

ولا يقال : الأيمان مبناها على العرف . والعرف : يقتضى أن الكلام حقيقة فى الحروف المسموعة دون النفسانى .

لأنا نقول : لو أنشأ الإنسان الطلاق أو العتاق أو غيرهما فى نفسه ولم يتلفظ بلسانه ، وكان ناطقاً . فإنه لا يلزمه شىء . جزم به الأصحاب .

والثالث : إن كان فى رمضان جهر به . وإن كان فى غيره يقوله فى نفسه . واختاره أبو البركات . لأنه لا رياء فى رمضان ، بخلاف غيره . والله أعلم .

القاعدة : ٣٩ ـ لا يشترط فى الكلام أن يكون من ناطق واحد . على الصحيح . ذكره أبو حيان فى الارتشاف .

إذا تقرر هذا ، فمن فروع القاعدة :

إذا قال رجل : امرأة فلان طالق . فقال الزوج : ثلاثا . قال أبو العباس : هى تشبه مالو قال : لى عليك ألف . فقال : صحاح . وفيها وجهان . قال : وهذا أصل فى الكلام من اثنين . إن أتى الثانى بالصفة ونحوها : هل يكون متمماً للأول أم لا ؟ .

فائدة : إذا أوصى إلى اثنين فى التصرف ، وأريد اجتماعهما على ذلك . قال الحارثى : من الفقهاء من قال : ليس المراد من الاجتماع تلفظها بصيغ العقود ، بل المراد : صدوره عن رأيهما . ثم لا فرق بين أن يباشره أحدهما أو الغير بإذنهما . ولم يخالف الحارثى هذ القائل . والله أعلم .

القاعدة ٤٠ ـ القراءة الشاذة . كقراءة ابن مسعود فى كفارة اليمين . (٥ : ٨٩ فصيام ثلاثة أيام متتابعات) هل هى حجة أم لا ؟ فمذهبنا ومذهب أبى حنيفة : أنها حجة يحتج بها . وذكره ابن عبد البر إجماعاً .

والصحيح عند الآمدى ، وابن الحاجب ـ وحكى رواية عن أحمد ـ أنه لا يحتج بها . ونقله الآمدى عن الشافعى رضى الله عنه .

وقال إمام الحرمين فى البرهان : إنه ظاهر مذهب الشافعى . وجزم به النووى فى شرح مسلم ، مما قاله الإمام . ذكر ذلك فى الكلام على قوله صلى الله عليه وسلم « شغلونا عن الصلاة الوسطى صلاة العصر » وفى غيره أيضاً .

ومما حكاه هؤلاء جميعهم : خلاف مذهب الشافعى ، وخلاف قول جمهور أصحابه . فقد نص الشافعى ـ فى موضعين من مختصر البويطى ـ على أنها حجة . ذكر ذلك فى باب الرضاع ، وفى باب تحريم الجمع .

وجزم به أيضاً : الشيخ أبو حامد فى الصيام ، وفى الرضاع ، والماوردى فى الموضعين أيضاً ، والقاضى أبو الطيب فى موضعين من تعليقه . أحدهما : الصيام . والثانى : فى باب وجوب العمرة ، والقاضى الحسين فى الصيام ، والمحاملى فى الأيمان من كتابه المسمى عدة المسافر ، وكتابه الحاضر ، وابن يونس شارح التنبيه فى كتاب الفرائض فى الكلام على ميراث الأخ للأم . وجزم الرافعى به فى باب حد السرقة .

والذى وقع للإمام ـ فقلده فيه النووى ـ مستنده : عدم إيجاب الشافعى التتابع فى الصيام فى كفارة اليمين ، مع قراءة ابن مسعود السابقة . وهو منع عجيب . فإن عدم الإيجاب يجوز أن يكون لعدم ثبوت ذلك عند الشافعى ، أو لقيام معارض راجح .

إذا تقرر هذا ، فمن فروع القاعدة :

هل يجب التتابع فى صيام كفارة اليمين أم لا ؟ المذهب المنصوص عن الإمام أحمد : الوجوب . وعنه رواية أخرى : لا يجب . والله أعلم .

القاعدة ٤١ ـ لايلزم المكلف حكم الناسخ قبل علمه به . قال أبو البركات : قاله أصحابنا . وهو ظاهر كلام أحمد . ومذهب الحنفية والشافعية : وجهان .

وخرج أبو الخطاب ، من أصحابنا : اللزوم على رواية انعزال الوكيل قبل العلم بالعزل . وفرق القاضى ، وابن عقيل وغيرهما بينهما بفروق جيدة .

ومنهـــا : أن أوامر الله ونواهيه مقرونة بالثواب والعقاب . فاعتبر فيها العلم بالمأمور به والمنهى عنه . وليس كذلك الإذن فى التصرف والرجوع فيه. فإنه لايتعلق به ثواب ولا عقاب .

وليس الحكم مختصاًبالناسخ ، بل يشمل الحكم المبتدأ . وفيه أيضاً الخلاف . ذكره أبو العباس .

ومحل الخلاف : إذا وصل إلى النبى صلى الله عليه وسلم .

أما إذا كان مع جبريل قبل بلوغه النبى صلى الله عليه وسلم : فلا يثبت حكمه فى حق المكلفين اتفاقاً . قاله الآمدى . وتبعه ابن الحاجب . وجزم به أبو البركات ابن تيمية .

وإن بلغ النبى صلى الله عليه وسلم فى السماء . فهل يثبت أم لا ؟ لم أر من صرح بذلك ، ولكن كلام الآمدى يقتضى الثبوت . فإنه لما ذكر نسخ الأمر قبل امتثاله : استدل له بنسخ الخمسين صلاة ليلة الإسراء . حتى بقيت خمساً .

قلت : فلو لم تكن ثابتة لم يكن رفعها نسخاً .

وقال القرافى ، فى منع الاستدلال بهذا الحديث : ولأنه نسخ قبل الإنزال . وقبل الإنزال لا يتقرر علينا حكم . فليس من صور النزاع . فكلام القرافى فى هذا يقتضى أنه إذا بلغ النبى صلى الله عليه وسلم فى السماء : أنه يكون كما لو كان مع جبريل ، ولم يصل إلى النبى صلى الله عليه وسلم فى الأرض . والله أعلم .

وقد تقدم بعض مسائل تتعلق بهذه القاعدة فى قاعدة « إذا لم يبادر المكلف إذا ظن موته وبان خطأه » بما يغنى عن إعادة ذلك هنا . والله سبحانه أعلم .

فصل

القــاعدة : ٤٢ ـ فى الأوامر والنواهى « أم ر » هى حقيقة فى القول المخصوص . وفى الفعل مجاز ؟ هذا قول الجمهور . وقال بعض الفقهاء : هى مشتركة بين القول والفعل . نحو قولنا : كنا فى أمر عظيم ، إذا كنا فى الصلاة . وقال أبو الحسين : هى موضوعة للقول والفعل . وللشىء أيضاً . نحو قولنا : أتى بأمر مّا ، أى بشىء . وللشأن أيضاً . نحو قوله تعالى (٥٤ : ٥٠ وما أمرنا إلا واحدة كلمح بالبصر) معناه : ماشأننا فى اتخاذنا إلا ترتيب مقدورنا و إراداتنا من غير تأخير . كلمح بالبصر . وللصفة أيضاً . كقول الشاعر :

عزمت على إقامة ذى صباح لأمر مّا يسود من يسود

واشترط جمهور المعتزلة فى حد الأمر : العلو دون الاستعلاء . وهو ظاهر قول أصحابنا . وتابعهم الشيخ أبو إسحاق الشيرازى .

ونقل القاضى عبد الوهاب فى الملخص عن أهل اللغة ، وجمهور أهل العلم ـ واختاره أبو الحسين من المعتزلة ـ الاستعلاء دون العلو . وصححه الآمدى ، وابن الحاجب ، وصاحب المنتخب . وقال فى المحصول ـ قبل المسألة الثالثة ـ : إنه الصحيح . وجزم به فى المعالم ، لـكنه ذكر فى المحصول أيضاً ـ بعد ذلك بأوراق فى أوائل المسألة الخامسة ـ ما حاصله : أنه لا يشترط .

وذكر الإسنَوى عن القاضى . فقال : ويجب أن يشترط العلو والاستعلاء معاً مع حكايته عنه ما قاله فى الملخص فى أول المسألة . وهو : أنه يشترط العلو ، دون الاستعلاء . ولم يذكر أنه اختلف قوله فى ذلك .

وقال الإمام فخر الدين : الذى عليه المتكلمون : أنه لا يشترط علو ولا استعلاء فتحرر من ذلك أربعة أقوال .

أحدها : اشتراط العلو والاستعلاء . والثانى : لا يشترطان . والثالث : حيث قلنا باشتراط العلو والاستعلاء . والرابع : عكسه .

تنبيه : حيث قلنا : باشتراط العلو والاستعلاء أو هما . فما حدهما ؟

فحاصل ما ذكره القرافى : أن الاستعلاء هو الطلب لا على وجه التذليل بلفظه ورفع صوت . والعلو : أن يكون الطالب أعلى مرتبة . ومع التساوى : فهو التماس ، ومع دنو الطالب : فهو سؤال . والله أعلم .

فائدة

قال أبو البركات : ولا بد فى أصل صيغة الأمر المطلقة من اقترانها بما يفهم منه أن مطلقها ليس كحاكٍ عن غيره ، ولا هاذٍ كالنائم .

القاعدة ٤٣ ـ الأمر المجرد عن قرينة : هل يقتضى الوجوب أم لا ؟ فى المسألة مذاهب :

أحدها : أنه يقتضى الوجوب ، مالم تقم قرينة تصرفه إلى غيره . نص عليه الإمام أحمد ـ رضى الله عنه ـ فى مواضع . وهو الحق . و به قال عامة المالكية ، وجمهور الفقهاء .

وقال إمام الحرمين فى البرهان ، والآمدى فى الأحكام ، وغيرهما : إنه مذهب الشافعى . وقال الشيخ أبو إسحاق فى شرح اللمع : إن الأشعرى نص عليه فى....(١) باقى أصحاب أبى إسحاق الاسفرائينى ببغداد .

لكن هل يدل على الوجوب بوضع اللغة ، أم بالشرع ؟ فيه مذهبان مذكوران فى الشرح المذكور على اللمع .

والأول ـ وهو كونه بالوضع ـ نقله فى البرهان عن الشافعى . ثم اختار هو أنه بالشرع . وفى المستوعب للقيروانى قول ثالث : أنه يدل بالعقل .

والمذهب الثانى : أنه حقيقة فى الندب . وحكاه الغزالى فى المستصفى ، والآمدى فى كتابه : قولا للشافعى . وقاله بعض الشافعية . وحكاه أبو البركات عن المعتزلة . وحكاه بعضهم عن بعض المعتزلة .

---

(١) كلمة مطموسة بالأصل .

والمذهب الثالث : أنه حقيقة فى الإباحة ، لأنه المحقق . والأصل : عدم الطلب .

والمذهب الرابع : أنه مشترك بين الوجوب والندب . وجزم به الإمام فى المنتخب . وكذلك صاحب التحصيل ، كلاهما فى باب الاشتراك .

والمذهب الخامس : أنه مشترك بين هذين و بين الإرشاد . ونقله الآمدى فى الإحكام عن الشيعة . وصححه . ونقل عنهم فى منتهى السول : المذهب الذى قبله .

والمذهب السادس : أنه حقيقة فى القدر المشترك بين الوجوب والندب . وهو الطلب . وفى المستوعب للقيروانى ، والمستصفى للغزالى : أن الشافعى نص على أن الأمر متردد بين الوجوب والندب . وهذا محتمل لهذا المذهب . والمذهب الرابع .

والمذهب السابع : أنه حقيقة : إما فى الوجوب ، و إما فى الندب . ولكن لم يتعين لنا ذلك . ونقله صاحب الحاصل ، ثم البيضاوى حكاية عن الغزالى .

وليس كذلك . فإن الغزالى نقل فى المستصفى عن قوم : أنه حقيقة فى الوجوب فقط . وعن قوم : أنه حقيقة فى الندب فقط . وعن قوم : أنه مشترك بينهما . قال : كلفظ العين ، ثم نقل عن قوم : التوقف بين هذه المذاهب الثلاثة . قال : وهو المختار . ونقله فى المحصول عنه على الصواب .

وقال الغزالى فى المنخول : وظاهر الأمر للوجوب . وماعداه : فالصيغة مستعارة فيه . هذا لفظه . وهو مخالف لكلامه فى المستصفى .

والمذهب الثامن : أنه مشترك بين الوجوب والندب والإباحة .

والمذهب التاسع : أنه مشترك بين الثلاثة المذكورة ، ولكن بالاشتراك المعنوى ، وهو الإذن . حكاه ابن الحاجب مع الذى قبله .

والمذهب العاشر : أنه مشترك بين خمسة . وهى الثلاثة التى ذكرناها . والإرشاد والتهديد . حكاه الغزالى فى المستصفى .

والمذهب الحادى عشر : أنه مشترك بين الأحكام الخمسة : الوجوب ، والندب

والإباحة ، والتحريم ، والكراهة . حكاه أصحاب : البرهان ، والمحصول ، والإحكام ونسب إلى الأشعرى .

والمذهب الثانى عشر : أنه موضوع لواحد من هذه الخمسة ، ولا نعلمه . نقله فى البرهان أيضاً . ونسب إلى الأشعرى .

فإن قيل : كيف يستعمل لفظ « الأمر » فى التحريم أو الكراهة ؟

قيل : لأنه يستعمل فى التهديد . والمهدد عليه : إما حرام ، أو مكروه .

والمذهب الثالث عشر : أنه مشترك بين ستة أشياء . وهى : الوجوب ، والندب ، والتهديد ، والتعجيز ، والإباحة ، والتكوين . وحكاه ابن برهان فى الوجيز عن الأشعرى .

ونسب إلى الأشعرى مذاهب أخرى غير ما تقدم . ولكن اتفق جمهور الأشعرية على أن مذهبه : التوقف بين أمور . ويعبر عنه أيضاً بأن الأمر ليست له صيغة تخصه . قال فى البرهان : والمتكلمون من أصحابنا يجمعون على اتباعه فى الوقف ، ولم يساعد الشافعى على الوجوب إلا الاستثناء . والله أعلم .

والمذهب الرابع عشر : أن أمر الله للوجوب ، وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم للندب . حكاه القيروانى فى المستوعب عن الأبهرى ، فى أحد أقواله .

والمذهب الخامس عشر : أن أمر الشارع للوجوب دون غيره . اختاره أبو المعالى ، وابن منجا . وبنى عليه : من أخَّر دفع مال أمر بدفعه بلاعذر . قال : لا يضمن بناء على اختصاص الوجوب بأمر الشرع .

قلت : والمذهب يضمن بناء على القاعدة . والله أعلم .

إذا تقرر هذا ، فيتعلق بالقاعدة ــ على الصحيح من المذهب ــ مسائل كثيرة جداً . ليس هذا موضع ذكرها ، ولكن العالم ذو الدربة والنظر يستخرجها ويبنيها على القاعدة .

وفى المذهب فروع كثيرة ، ادعى الأصحاب : أنها خرجت عن الوجوب بقرائن

صرفتها عنه . وفى كون تلك القرائن صارفة للأمر عن الوجوب نظر ظاهر . والله أعلم .

وههنا فوائد أصولية تتعلق بالأمر .

منهــا : أن الكتابة أو الإشارة : هل تسمى أمراً أم لا ؟ ذكر أبو البركات فى المسودة عن القاضى : أنها لا تسمى أمراً حقيقة . وذكر القاضى فى الجامع الكبير ــ فى الكلام على وقوع الطلاق بالكتابة ــ : أن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب . بدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان مأموراً بدعوة جميع الناس إلى الإسلام ، ثم كتب إلى كسرى وقيصر . فقام ذلك مقام دعوتهما إلى الإسلام . وهذا يقتضى أن يكون أمراً حقيقة . والله أعلم .

ومنهــا : هل يحسن الاستفهام عن الأمر المجرد : هل هو واجب أم لا ؟ ذكر القاضى أبو يعلى فى ذلك منعاً وتسليما .

ومنهــا : فعل النبي صلى الله عليه وسلم : هل يسمى أمراً حقيقة أم لا ؟ قال أبو البركات : لايسمى أمراً حقيقة ، بل مجازاً فى قول إمامنا وأصحابه والجمهور .

وقال بعض المالكية ، و بعض متأخرى الشافعية : يسمى أمراً حقيقة . وأقره عبد الحليم . وذهب أبو الحسين البصرى ، والقاضى أبو يعلى فى الكفاية : إلى أن لفظة «الأمر» مشتركة بين القول والبيان والطريقة . وماأشبه ذلك . قال: وهذا هو الصحيح لمن أنصف .

قلت : وهذا يقتضى أن يسمى أمراً حقيقة . وهــذا ينبغى إذا ثبت التأسى بفعله صلى الله عليه وسلم .

ومنهــا : إذا قلنا : إطلاق الأمر يقتضى الوجوب ، إلا أن تصرفه قرينة . فإطلاق التوعد لفعل ماتوعد عليه . أو إطلاق الوجوب أو الفرض :

هل يكون ذلك نصاً فى الوجوب لايقبل التأويل أم لا ؟ قال القاضى : لا يكون نصاً فى الوجوب ، بل يقبل التأويل . ذكره فى الثلاثة .

والذى رأيت ابن عقيل ذكره : أنه لا يكون نصاً فى الوجوب : هو إطلاق القواعد خاصة . ولم أر له كلاماً فى إطلاق الوجوب ، أو إطلاق الفرض .

واختار أبو البركات : إطلاق القواعد . و إطلاق الفرض ، أو الوجوب : نص فى الوجوب لا يقبل التأويل ، وهو أظهر ، إذ يمتنع وجود خاصة الشىء بدون ثبوته . والله أعلم .

ومنهـــا : ـ ما قاله فى المسودة ـ إذا صرف الأمر عن الوجوب : جاز أن يحتج به على الندب ، أو الإباحة . و هو قول بعض الحنفية ، و بعض الشافعية . منهم الرازى .

و بعضهم قال : لايحتج به . كذا حكاه القاضى أبو يعلى . وكذلك اختاره ابن برهان . ولفظة « الأمر » إذا دلت على وجوب فعل ، ثم نسخ وجوبه : لاتبقى دليلا على الجواز ، بل يرجع إلى ما كان عليه . خلافا للحنفية . وكذلك اختاره أبو الطيب الطبرى . ولفظه : إذا صرف الأمر عن الوجوب : لم يجز أن يحتج به على الجواز . قال : لأن اللفظ موضوع لإفادة الوجوب دون الجواز . و إنما الجواز تبع للوجوب . إذ لايجوز أن يكون واجباً ولا يجوز فعله . فإذا سقط الوجوب : سقط التابع له . وهذا الذى ذكره أبو محمد التميمى من أصحابنا .

وذكر أبو الخطاب : أن هـذه المسألة من فوائد الأمر : هل هو حقيقة فى الندب ، فيجىء فيها الوجهان لنا ؟ وكذلك ذكر فى مسألة الأمر بعد الحظر .

ومنهـــا : إذا كان المأمور به بعضه واجبــاً ، و بعضه مستحباً . كقوله تعالى (٢٢ : ٧٧ وافعلوا الخير) وقوله صلى الله عليه وسلم « دع مايريبك إلى مالا يَريبك » ونحو ذلك . وهو كثير فى الـكتاب والسنة .

قال بعض الأصوليين : إن حمل الأمر على الوجوب : خرجت منه المستحبات ،

و إن حمل على الندب : خرجت منه الواجبات . مع أنه يحكم . و إن حمل عليهما : لزم حمل اللفظ على حقيقته ومجازه ، أو على حقيقته .

قال ابن عبد السلام فى قواعده : والحمل على الوجوب مع التزام التخصيص : أولى . لأن الغالب على صيغة الأمر : الإيجاب . والغالب على العموم : التخصيص . فحمله على الغالب أولى .

وقال أبو العباس فى المسودة : والصواب أن يقال: الأمر عام فى كل مايتناوله لقيام المقتضى للعموم . قال : ثم لك مسلكان .

أحدهما : أن تقول : هو دال على القدر المشترك بين الوجوب والاستحباب وما امتاز به بعضها من الإذن فى الترك والمنع : مستفاد من دليل منفصل .

والمسلك الثانى : ــ وهو أظهر ــ أن نقول : هذا الأمر أريد به الواجب فى الواجبات . والمستحب فى المستحبات . والله أعلم .

ومنهـــــــــا : لفظ « الأمر » إذا قلنا بالقول الأول المنصوص عن أحمد فأريد بالأمر الندب . فهو حقيقة فيه على ظاهر كلام أحمد . واختاره أكثر أصحابنا : القاضى وغيره . وهو نص الشافعى . حكاه أبو الطيب . وقال : هو الصحيح من مذهبه .

وقال الكرخى ، والرازى من الحنفية : هو مجاز . واختاره عبد الرحمن الحلوانى من أصحابنا . وعن الشافعية كالمذهبين .

و إن أريد به الإباحة . فعند أبى البركات : أنه مجاز . وحكاه عن الحنفية . وقال المقدسى : واختاره ابن عقيل ، وقال : هو قول أكثر الأصوليين . وقال القاضى : يكون حقيقة .

قال أبو العباس : والتحقيق فى مسألة « أمر » الندب ، مع قولنا : الأمر المطلق يقبل الإيجاب ، أن يقال : الأمر المطلق لايكون إلا إيجاباً . وأما المندوب إليه : فهو

مأمور به أمراً مقيداً ، لامطلقاً . فيدخل فى مطلق الأمر ، لافى الأمر المطلق .
يبقى أن يقال : فهل يكون حقيقة أو مجازاً ؟ فهذا بحث اصطلاحى .

وأجاب عنه أبو محمد البغدادى : بأنه مشكل . كالوجود والبياض .

وأجاب القاضى : بأن الندب بعض الوجوب . فهو كدلالة العام على بعضه . وهو عنده ليس بمجاز ، إنما المجاز دلالته على غيره . وهذا منه يقتضى أن الأمر إذا أريد به الإباحة أن يكون مجازاً . وهو خلاف ماتقدم عنه . والله أعلم .

القاعدة ٤٤ ـ إذا فرعنا على أن الأمر المجرد للوجوب ، فورد بعد حظر . فماذا يقتضى ؟ فى المسألة مذاهب .

أحدها : أنه يقتضى الإباحة . هذا قول جمهور أصحابنا . وهو الذى نص عليه الشافعى ، كما قاله ابن التلمسانى فى شرح المعالم ، والقيروانى فى المستوعب ، والأصفهانى فى شرح المحصول . وحكاه التميمى عن أحمد . وقال الشيخ أبو إسحاق فى التبصرة : إنه ظاهر مذهب الشافعى . ونقله ابن برهان فى الوجيز عن أكثر الفقهاء والمتكلمين ، ورجحه ابن الحاجب . ومال إليه الآمدى . وقال : إنه الغالب

والثانى : ذكره القاضى الحسين من الشافعية ـ فى أول باب الكناية من تعليقه ـ : أنه للاستحباب .

والثالث : أنه يقتضى الوجوب . كما لو لم يتقدمه حظر ، وهو الأصح عند الإمام فخر الدين وأتباعه . ونقله ابن برهان فى الوجيز عن القاضى . والآمدى عن المعتزلة . وحكاه بعض أصحابنا قولا لنا . وذكر بعضهم : أن القاضى اختاره فى إعادة الجماعة . وذكر بعضهم : أنه ظاهر قول أحمد فى قوله تعالى (٥ : ٢ وإذا حللتم فاصطادوا) .

وقال القرافى : وهو قول القاضى ، ومتقدمى أصحاب مالك .

والرابع : أن حكمه حكم ما كان قبل الحظر . فإن كان مباحاً : كان مباحاً ،

و إن كان واجباً ، أو مستحباً : كان كذلك . وهذا اختيار أبى العباس . قال : وهو المعروف عن السلف والأئمة ، ومعناه كلام المزنى .

والخامس : إن كان بعد الحظر أمر صريح بلفظه . كما لو قال : أمرتكم بالصيد إذا حللتم : فيقتضى الوجوب ، بخلاف صيغة « اُفْعَلْ » حكاه أبو محمد المقدسى بعد ماصَدَّر المسألة بكلام مطلق ، وهو يقتضى التسوية عنده .

قال أبو البركات : وعندى : أن هذا التفصيل : هو كل المذهب .

قال أبو العباس : وكلام القاضى أبى يعلى وغيره : يدل عليه . فإنه صرح بأن هذا ليس بأمر ، إنما صيغته صيغة الأمر ، و إنما هو إطلاق .

قال عبد الحليم : وكلام ابن عقيل فى الأدلة يعطى أنه إذا جاء خطاب بلفظ الأمر أو الوجوب : اقتضى الوجوب . و إن جاء بصيغة الأمر . فإنه لايكون أمراً بل مجرد إذن . وهذا لايتأتى فى لفظ الأمر .

وللقاضى أبى بكر فى الأمر بعد الحظر تفصيل حسن . ذكره فى الإرشاد ، وهو : إن كان الحظر السابق على الأمر حظر ابتداء لا لعلة عارضة . فالأمر هنا : كالأمر المبتدأ الذى لم يسبقه حظر أصلاً . و إن كان الحظر لعلة عارضة ، بعد تقدم إطلاقه و إباحته . فالأظهر : حمل الأمر على الإذن ، ورفع الحظر . وعليه تنزل أوامر القرآن .

ومحل الخلاف فى الأمر بعد الحظر : إذا كان من غير استئذان فى الفعل . أما إذا استأذن فى الفعل بعد الحظر : فلا يقتضى الوجوب بغير خلاف . ذكره القاضى . وسيأتى فى القاعدة « أمر » بعد « حظر » واستأذن المأمور فى فعله ، وفى وجوبه روايتان .

إذا تقرر هذا ، فمن فروع القاعدة :

الأمر بزيارة القبور للرجال . أخذ غير واحد من أصحابنا من كلام الخرقى : أنها مباحة . لأن الأمر بزيارتها أمر بعد حظر . فيقتضى الإباحة ، بناء على القاعدة .

ولكن المذهب المنصوص عن أحمد : أنها مستحبة . وذكره بعضهم إجماعاً ، لأنه ـ وإن كان بعد حظر ـ لكنه علله عليه الصلاة والسلام بتذكر الموت والآخرة . وذلك أمر مطلوب شرعاً .

قال أبو البركات وغيره : وتجوز زيارة قبر الكافر . وقيد ذلك أبو العباس بزيارة قبر الكافر للاعتبار . ولم أر أحداً صرح باستحباب زيارة قبر الكافر ولو للاعتبار .

ومنها : لايجب على الزوج أن يخرج مع امرأته إلى الحج فى أصح الروايتين عن أحمد ، لأنه ـ وإن كان قد جاء الأمر به ـ لكنه أمر بعد حظر ، لأن المأمور كان قد اكتتب فى غزاة . فتعين عليه ، ثم لما أمره النبى صلى الله عليه وسلم بالخروج مع امرأته صار أمراً بعد حظر .

والرواية الأخرى : يجب عليه الخروج أخذاً بظاهر الأمر ، لكن هذا فيه نظر على ما قرره القاضى . وإن قيل باستحبابه . فلما فيه من الإعانة على العبادة ، وهو مطلوب شرعاً .

ومنها : الأمر بقبول الحوالة على الملىء فى قوله صلى الله عليه وسلم « مَطْل الغنى ظلم ، وإذا أُتبع أحدكم على مَلىء فليَتْبَع » متفق عليه من حديث أبى هريرة . قال طائفة من العلماء : إنه أمر بعد حظر، لأن ذلك بيع دين بدين . وذلك لايجوز . وهذا فيه نظر . فإن الحوالة من جنس إيفاء الحق ، لامن جنس البيع . ولهذا ذكر النبى صلى الله عليه وسلم الحوالة فى معرض الوفاء . فقال فى الحديث الصحيح « مطل الغنى ظلم . وإذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع » فأمر المدين بالوفاء ونهاه عن المطل . وبين أنه ظلم إذا مطل . وأمر الغريم بقبول الوفاء إذا أحيل على الملىء بالشروط المذكورة فى كتب الفروع .

وهل تبرأ ذمة المحيل على الملىء قبل أن يجبره الحاكم على قبول الحوالة ؟ فى المسألة روايتان . ذكرهما أبو البركات .

ومنهـــــا : الأمر بالـكتابة فى قوله تعالى (٢٤ : ٣٣ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً) قال طائفة من أصحابنا : هو أمر بعد حظر ، لأن الـكتابة بيع الرجل ماله بما له . فإن العبد ماله ، وكسبه من ماله . فبيع بعضه ببعضٍ أكلُ مال بالباطل . فيدخل فى النهى عن أكل المال بالباطل . وإذا كانت الـكتابة محظورة فى الأصل . فالأمر بها بعد ذلك أمر بعد حظر . فلا يفيد الوجوب . بناء على القاعدة ، لـكن يستحب كتابة ذى الـكسب والأمانة . وإن قلنا الأمر بعد الحظر للإباحة ، لما فى ذلك من تحرير الرقبة . وذلك مطلوب شرعاً .

واختار أبو بكر عبد العزيز فى تفسيره : أن الـكتابة فى هذه الحال واجبة . وذكرها فى التنبيه رواية وهو متجه .

وما قيل : من أنه أمرٌ ورد بعد حظر . فلا يصح . وإنما غاية مايقال فيه : إنه رخصة . لأنه شرع مع قيام السبب المحرم لعذر . وهو الحاجة إلى تخليص رقبة من الرق . وليست الرخص من قاعدة الأمر بعد الحظر .

وقد تقدم فى قاعدة الرخصة : أن من الرخص ماهو واجب .

قال أبو العباس : وقياس قولنا بالوجوب هٰهنا : أن تجب الإجابة . إذا قال له : أعتق عبدك عنى وعليَّ ثمنه .

قال شيخنا أبو الفرج فى تعليقه على المحرر : ووجهه بأنه بذل العوض فيما يزيل ضرر المضطر . فوجب الإجابة إليه . كما لو بذل أجنبى عن المضطر قيمة الطعام أو نحوه .

وقد يقال : إنه هٰهنا إنما قصد نفع نفسه ، وثبوت الملك ، والعتق والولاية . فلا تجب إجابته إليه ، كشراء ذوى رحمه الذين يعتقون عليه .

نعم . لو قال : أعتق عبدك وعلي ثمنه . فقد يتوجه وجوب الإجابة ، لأن المصلحة للعبد . ويتوجه أن يعتبر أن لا يـكون محتاجا إلى خدمته . وقد يقال : يمكنه أن يشترى عوضه بما يؤدى إليه . والله أعلم .

ومنهـــا : أمره صلى الله عليه وسلم بالنظر إلى المخطوبة : هو أمر بعد حظر . فيقتضى الإباحة ، بناء على القاعدة . وهذا أحد الوجهين لأصحابنا . وهو إباحة النظر ، لااستحبابه .

والوجه الثانى ـ وجزم به جماعة من الأصحاب . منهم : أبو الفتح الحلوانى ، وابن عقيل ، وصاحب الترغيب ـ استحباب النظر إلى المخطوبة . لأنه ـ وإن كان أمراً بعد حظر ـ لكنه معلل بعلة تدل على أنه أريد بالأمر الندب . وهى قوله صلى الله عليه وسلم « فهو أحرى أن يؤدم بينكما » .

ومنهـــا : الأمر بحمل السلاح فى صلاة الخوف ، فى قوله تعالى (٤ : ١٠٢ وليأخذوا أسلحتهم) قال طائفة من الأصحاب ـ منهم : القاضى ، وابن عقيل ـ حمله فى الصلاة فى غير الخوف محظور . فهو أمر بعد حظر . وهو للاباحة . فهذا يقتضى إباحة حمل السلاح فى صلاة الخوف ، لا استحبابه . لكن قالوا باستحبابه مع قولهم : إن هذا يقتضى الإباحة .

وذكر صاحب المنتخب ـ من أصحابنا ـ فى استحبابه روايتين . نقل ابن هانىء : لا بأس . واختار طائفة من أصحابنا الوجوب . ومحل هذا : فى الخفيف من السلاح . أما ما يثقله ، أو يمنع إكمال الصلاة ، أو يضر غيره : فإنه يكره . صرح به الأصحاب .

وقول من قال من أصحابنا : إن حمل السلاح الخفيف ـ فى غير صلاة الخوف ـ محظور . فيه نظر . إذ لم يقم دليل على كراهته . فضلا عن تحريمه . فليس من الأمر بعد الحظر . والله أعلم .

القـــاعدة ٤٥ ـ إذا فرعنا على أن الأمر المجرد للوجوب . فوجد أمر بعد استئذان : فإنه لايقتضى الوجوب ، بل الإباحة . ذكره القاضى محل وفاق .

قلت : وكذلك ابن عقيل .

و إطلاق جماعة ظاهره يقتضى الوجوب ، والأمر بماهية مخصوصة بعد سؤال تعليمه : شبيه فى المعنى بالأمر بعد الاستئذان . والله أعلم .

إذا تقرر هذا ، فلا يستقيم قول القاضى ، وابن عقيل فى استدلالهما على نقض الوضوء بلحم الإبل بقوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث الذى رواه مسلم . لما سئل عن التوضى من لحوم الإبل ؟ فقال « نعم . فتوضأ من لحوم الإبل » .

ومما يقوى الإشكال : أن فى الحديث الأمر بالصلاة فى مرابض الغنم . وهو بعد سؤال ، ولا يجب بلا خلاف ، بل يستحب .

فإن قلت : إذا كان كذلك . فلم يستحبون الوضوء منه ؟ والاستحباب حكم شرعى يفتقر إلى دليل . وعندكم هذا الأمر يقتضى الإباحة ؟ .

قلت : إذا قيل باستحبابه فلدليل غير هذا الأمر . وهو أن الأكل من لحوم الإبل يورث قوة نارية . فناسب أن تطفأ بالماء ، كالوضوء عند الغضب . ولو كان الوضوء من لحوم الإبل واجباً على الأمة ، وكلهم كانوا يأكلون لحم الإبل : لم يوقف بيان وجوبه حتى يسأله سائل ، فيجيبه .

فعلم أن مقصوده : أن الوضوء من لحومها مشروع . وهو حق . والله أعلم .

وقد يقال : الحدث إنما ذكر فيه بيان وجوب مايتوضأ منه . بدليل أنه لما سئل عن الوضوء من لحوم الغنم ؟ قال « إن شئت فتوضأ . و إن شئت فلا تتوضأ » مع أن التوضى من لحوم الغنم مباح . فلما خير فى لحم الغنم ، وأمر بالوضوء من لحوم الإبل : دل على أن الأمر ليس هو لمجرد الإذن ، بل للطلب الجازم . والله أعلم .

وأما الأمر بماهية مخصوصة بعد سؤال التعليم : فإنه لا يقتضى الوجوب ، على ماسبق فى إلحاقه الأمر بعد الاستئذان . وحينئذ فلا يستقيم استدلال أصحابنا على وجوب الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فى التشهد الأخير : بما ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قيل له « يارسول الله ، قد علمنا كيف نسلم عليك . فكيف نصلى عليك ؟ فقال : قولوا : اللهم صلى على محمد وعلى آل محمد ــ الحديث » نعم

إنه ثبت الوجوب من خارج . فكيف يكون هذا الأمر للوجوب . لأنه بيان لكيفية واجبة ؟ والله أعلم .

القاعدة ٤٦ ـ الأمر إذا ورد مقيداً بالمدة أو التكرار حمل عليه . ولم أر فيه خلافا . و إن ورد مقيدا بشرط . فسيأتى . و إن كان مطلقاً لم يقيد بشىء . فما يقتضى ؟ فى ذلك مذاهب .

أحدها ـ وهو الذى ذكره ابن عقيل : مذهب أحمد وأصحابه . وحكاه القاضى فى كتاب الروايتين ، والوجهين عن شيخنا عبد الله بن حامد ـ : أنه يقتضى التكرار . وهذا أشهر قولى القاضى . وقول أكثر أتباعه . وحكاه فى المسودة عن أكثر أصحابنا . وهو رأى الأستاذ أبى إسحاق الاسفرائينى ، لكن بحسب الطاقة والإمكان . كما ذكره .

قال أبو البركات والآمدى : وبالغ القاضى فى ذلك ، حتى منع حسن الاستفهام عن التكرار ، ثم سلمه .

قلت : وفى منعه نظر . إذ قد ثبت فى السنة الصحيحة والآية : قد يستفهم عما فى الظاهر دخوله ، كأفراد العام .

والمذهب الثانى : لايقتضى التكرار ، ولا يدل على المرة ، ولا على التكرار ، بل يفيد طلب الماهية من غير إشعار بتكرار أو مرة ، إلا أنه لايمكن إدخال تلك الماهية فى الوجود بأقل من المرة الواحدة . فصارت المرة من ضروريات الإتيان بالمأمور به . واختاره أبو محمد المقدسى .

وذكر أبو محمد التميمى : أن مذهب أحمد : أن الأمر لايقتضى التكرار إلا بقرينة . ولم يفرق بين مطلق ، ومعلق بشرط . لكن قد يكون التعليق عنده قرينة . واختاره الإمام فخر الدين ، والآمدى ، وابن الحاجب ، والبيضاوى وغيرهم .

والمذهب الثالث : أنه يدل على المرة . واختاره أبو الخطاب . ثم أكثر كلامه يحتمل التكرار . وهو قول أكثر أصحاب الشافعى . كما حكاه الشيخ

أبو إسحاق فى شرح اللمع . ونقل القيروانى فى المستوعب عن الشيخ أبى حامد : أنه مقتضى قول الشافعى .

والمذهب الرابع : التوقف . وعلى هذا قولان .

أحدهما : التوقف لـكونه مشتركا بين المرة والتـكرار .

والثانى : أنه لأحدهما ، ولا نعرفه .

وقال أبو البركات فى المسودة : إن إمام الحرمين فسر التوقف ، فيما زاد على المرة الواحدة . وقال : لست أنفيه ولا أثبته . قال أبو البركات : وحقيقة ذلك عندى : ترجع إلى قول من قال : لايقتضى التـكرار .

قلت : ذكر بعضهم : أن على قول التوقف يمتنع إعماله ، وليس بصحيح ، على ماذكره أبو البركات . وعلى قول من قال : إنه لأحدهما ولا نعرفه . فلا يمنع إعماله أيضاً . لأنه يفيد طلب الماهية ، لـكن : هل هى ماهية متكررة ، أو ماهية واحدة ؟ والله أعلم .

و إن ورد معلقاً على شرط . فإن قلنا : المطلق يقتضى التـكرار . فالمعلق على شرط عنده : تـكرار شرطه يقتضى التـكرار بطريق الأولى . و إن قلنا : المطلق لايقتضى التـكرار ولا يدفعه . فهل يقتضيه هنا أم لا ؟ فى ذلك مذهبان .

أحدهما : لايقتضيه . واختاره ابن أبى موسى، وابن الحاجب، تبعاً للآمدى .

والمذهب الثانى : يقتضى التـكرر بتكرار شرطه . وحكاه فى المسودة عن بعض الحنفية ، و بعض الشافعية . واختاره هو وحفيده. وعلى هذا المذهب مذهبان.

أحدهما : أن إفادة التكرار من جهة اللفظ ، أى إن هذا اللفظ وضع للتكرار .

والثانى : أن إفادة التـكرار من جهة القياس لا اللفظ . قال فى المحصول : هذا هو المختار . وجزم به البيضاوى .

و إن علق على علة ثانية : وجب تـكراره بتكرارها اتفاقا . قاله ابن الحاجب تبعاً للآمدى . وكلام أصحابنا يقتضيه .

وإذا تكرر لفظ الأمر ـ وقلنا : الأمر المطلق لايقتضى التكرار ـ فهل يقتضى التأكيد ، أم التأسيس ؟ فيه مذهبان .

أحدهما ـ وهو الذى اختاره أبو الخطاب ، وأبو محمد المقدسى ، وأبو بكر الصيرفى ، والبصرى ـ : أنه لايقتضيه . قال ابن عقيل : وهو قول الأشعرية فيما حكاه بعض الفقهاء عنهم .

والثانى : أنه يقتضى التأسيس . وقاله القاضى فى كتاب الروايتين ، مع اختياره فيه : أن الواحد لايقتضى التكرار . واختاره فى المحصول ، والآمدى فى الأحكام . قال أبو البركات : وهو الأشبه بمذهبنا . ونقله القيروانى عن عامة أصحاب الشافعى

وفى المسألة قول ثالث بالوقف .

ومحل الخلاف : إذا كان الثانى غير معطوف على الأول . فأما إن كان الثانى معطوفا على الأول بغير تعريف ، كقوله : صلّ ركعتين ، وصلّ ركعتين . فإنه يفيد التكرار . وإن كان المعطوف عليه معرفا ، مثل : صل ركعتين وصل الصلاة . فإنه يحمل على الصلاة الأولى . قاله القاضى وغيره .

وقال أبو الحسين فى المعطوف المعرف : الأشبه الوقف . لأن العطف يعارضه لام العهد . حكاه عنه الإمام فخر الدين وخالفه . وقال : الأشبه حمله على التغاير لأن لام الجنس كما تستعمل للعهد ، تستعمل لبيان حقيقة الجنس . كقول السيد لعبده : اشتر لنا الخبز واللحم . فما تعينت معارضتهما للعطف .

قلت : والمثال الذى ذكره الرازى فى قول السيد لعبده : ليس مطابقا لمحل النزاع ، لأن قول السيد لعبده : اشتر لنا الخبز واللحم . فالألف فى اللحم ليس لمعهود ، حتى نصرفها إليه . فتعينت للجنس . وأما : صل ركعتين ، وصل الصلاة : فثم معهود يصرفها . فتعين .

ولم ينازع الرازى أحد فى صحة استعمال الألف واللام للجنس ، بل نقول : إذا احتمل كون « ال » للعهد . وكونها لغيره ـ كالجنس أو العموم ـ فإنا نحملها

على العهد . لأن تقدمه قرينة مرشدة إليه، كقوله تعالى (٧٣ : ١٥ ، ١٦ كما أرسلنا إلى فرعون رسولا . فعصى فرعون الرسول) هكذا ذكره جماعة من الأصوليين .

وقال ابن مالك فى التسهيل : فإن كان أحدهما عاماً والآخر خاصاً . نحو : صم كل يوم ، صم يوم الجمعة .

وقال فى المحصول : فإن كان الثانى غير معطوف عليه : كان تأكيداً . وإن كان معطوفاً . فقال بعضهم : لا يكون داخلا تحت الكلام الأول . وإلا لم يصح العطف . قال : والأشبه الوقف للتعارض بين ظاهر العموم وظاهر العطف .

قلت : لا نسلم التعارض بين ظاهر العموم وظاهر العطف . لأن ذكر الخاص مع العام : هل يكون إفراده بالذكر يقتضى عدم دخوله فى العام ، أو أنه دخل وأفرد بالذكر اعتناء به وتفخيما ؟ .

فى المسألة مذهبان . كما سيأتى فى العموم إن شاء الله تعالى .

فإن قلنا بالأول : فعدم التعارض واضح . وإن قلنا بالثانى . فلا يمتنع أن ينص على بعض أفراده اعتناء به وتفخيما . ومنعاً لإخراجه من الحكم . والله أعلم .

وحكى القرافى عن القاضى عبد الوهاب فى مسألة العطف : أن الصحيح بقاء العام على عمومه . وحمل الخاص على الاعتناء به . قال : وسواء تقدم أو تأخر . والله أعلم .

قلت : فعلى قول القاضى عبد الوهاب : يرجح الدليل الذى فيه لفظان . عام وخاص معطوف عليه عند معارضة دليل واحد . لأن الفروع يرجح فيها بكثرة الأدلة . وعلى قول الرازى : ينبغى أن لا يرجح بذلك .

قال فى المسودة : وهل الأمر يقتضى وجوب تكرار اعتقادية الوجوب وعدم الإمساك ؟ قال القاضى ملزماً لمخالفيه : إنه يجب .

وحكى عن الجوزجانى الحنفى : أنه لا يجب . وإنما يجب البقاء على حكم

الاعتقاد من غير فسخ له . كالنية فى العبادات . وكاعتقاد ما يجب اعتقاده . قال أبو البركات : وهذا أصح .

قلت : محل هذا حيث قلنا : بأن الأمر يقتضى التكرار . و إلا فلا . و إذا قلنا : الأمر المعلق على شرط يقتضى التكرار . فقد يقال : إن الزوج إذا قال لزوجته : إن دخلت الدار فأنت طالق . وقلنا : يقتضى لفظه أن يتكرر الطلاق بتكرر دخولها . كما لو قال كذا .

فإن قلت : مسألة الطلاق من باب تعليق الإنشاء على الشرط . وكلامنا فى إطلاق الأمر على الشرط .

قلت : إذا ثبت فى الأمر ثبت فى الإنشاء بالقياس . ولكن كلام الآمدى فى الأحكام يقتضى أن الإنشاء لا يتكرر اتفاقاً . وصرح به فى الخبر . كقولنا : إن جاء زيد جاء عمرو . فحينئذ يمثل قوله بقوله لوكيله : طلق زوجتى إن دخلت الدار . وقلنا : لوكيل المطلق لا يملك الثلاث . و إن قلنا : يقتضى التكرار قياساً . فينبغى أن يخرج ذلك على الخلاف بين أصحابنا . فيما إذا قال السيد لعبده : أعتقت سالماً لسواده . وفى ذلك وجهان .

أحدهما : يعتق كل أسود من عبيده . قاله أبو الفتح الحلواني، وأبو الخطاب . وحكى ذلك عن أبى بكر الصيرفى من الشافعية . فإذا عدينا العتق إلى غير المعتق بالعلة . فكذلك يتكرر الوقوع على المطلقة بالنص على العلة . كما لو قال : أنت طالق لدخولك الدار .

والثانى : ـ وهو صحيح ـ لا يتعدى العتق إلى غير المعتق . فلا يتكرر الطلاق لأن قوله « أعتقت سالماً لسواده » ليس إنشاء للعتق على كل أسود . بل هو إنشاء للعتق على سالم وحده . ونص على أن علة إعتاقه هى السواد . فالسواد علة لإنشاء عتقه عليه . ليس علة لوقوع العتق المعتقد إنشاؤه على كل أسود . فمن أين يعتق غيره من السود من غير إنشاء لصيغة العتق ؟ إذا لم ينشىء ؟ عتق غيره من

السود . فغايته : أنه تناقض . ولا يلزم من فعل العبد شيئاً لعلة : أن يحكم عليه بفعله كلما وجدت فيه تلك العلة .

وأما الشارع : فإنه حكيم لا يجوز عليه التناقض. فإذا شرع حكما وعلله بعلة : علمنا أنه شرع ذلك فى الحكم كلما وجدت فيه تلك العلة . والله أعلم .

ومما يتعلق بالأمر المعلق بشرط :

إذا سمع مؤذناً بعد آخر . فهل تستحب إجابة الجميع ، لقوله صلى الله عليه وسلم « إذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول » ؟ ظاهر كلام الأصحاب : يستحب . و بناؤه على ذلك متجه ، لكن محل هذا : إذا كان الثانى مشروعاً . قاله أبو العباس .

و إذا قلنا : الأمر المكرر يحمل على التأسيس أو التأكيد . فيشبه من الفروع فى المعنى : إذا قال الرجل لزوجته المدخول بها : أنت طالق أنت طالق . فإن أراد التأسيس أو التأكيد أو الإفهام : حمل عليه . و إن أطلق . فالمعروف فى المذهب عند الأصحاب : حمله على التأسيس .

ولكن نقل أبو داود . إذا قال الرجل لزوجته : اعتدى اعتدى . فأراد الطلاق هى واحدة .

وظاهر هذا النص : أنه لا يتكرر بالطلاق إذا طلق الزوج . ولم ينو التكرار . يؤيده ماقاله غير واحد من الأصحاب : أنه لو قال المقر : له علىّ درهم . له على درهم . ولم يوجد ما يقتضى التعدد : لا يلزمه سوى درهم واحد .

ولكن الفرق بين الإقرار والطلاق : أن الإقرار خبر عما فى الذمة . فيجوز أن يكون الثانى خبراً عما أخبر به فى الأول . والأصل براءة الذمة . وليس كذلك الطلاق . لأنه إيقاع طلاق . فإذا أوقع الأولى لا تكون الثانية إيقاعاً للأولى مرة أخرى . فوقعت كما وقعت الأولى . ألا ترى أنه لو قال : له على درهم . وسكت ساعة . ثم قال : له علىّ درهم ، لم يلزمه غير الأول . ولو قال : أنت طالق وسكت

ساعة . ثم قال : أنت طالق : كان الثانى إيقاعاً بلا خلاف . قاله القاضى فى الجامع الكبير .

وإن كان اللفظ الثانى لا يصلح للتأسيس ، كقوله : أنت طالق طالق ، لم يتكرر الطلاق به ، إلا أن ينوى به التكرار . فيلزمه . ويقدر ما يتم به الكلام . قاله أبو محمد المقدسى فى الكافى ، وعبارة الترغيب ، لو قال : أنت طالق طالق طالق قُبل أيضاً قصد التأكيد .

قلت : وظاهره : إن أطلق ولم يقصد التأكيد : أنه يتكرر . والله أعلم .

وإن كان الثانى صالحاً للتأسيس . كقوله : أنت طالق وطالق وطالق . فإنه يتكرر الطلاق مع الإطلاق . قاله غير واحد من الأصحاب .

فإن أراد بالثانية تأكيد الأولى ، لم يقبل منه . قاله القاضى ، وأبو محمد : وغيرهما للمغايرة بينهما بحرف . وقالوا : إن أراد بالثالثة تأكيد الثانية : قبل منه . لمطابقتها لها فى لفظها . وإذا عطف بالفاء ، أو بثم . كالواو . قاله غير واحد من الأصحاب ، وأنه غاير بين الحروف . فقال : أنت طالق وطالق ثم طالق ، أو طالق ثم طالق وطالق ، أو طالق فطالق. فكذلك لم يقبل منه فى شىء منها إرادة التأكيد . لأن كل كلمة مغايرة لما قبلها ، مخالفة لها . قاله القاضى ، وأبو محمد وغيرهما .

وإذا قال فى نظير ذلك فى الإقرار : له على درهم درهم ، لزمه درهم . جزم به فى التلخيص وغيره . ولو قال : له على درهم ودرهم ودرهم . وأراد بالثالث تأكيد الثانى . فهل يقبل منه إرادة تأكيد الثانى بالثالث ، أم لا ؟ فى المسألة وجهان .

أحدهما : قاله القاضى فى الجامع الكبير : أنه لا يقبل .

وفرق بينه و بين الطلاق بأن الطلاق يدخله التأكيد . بدليل أنه يصح أن يقول : أنت طالق طلاقا فإذا كان مما يدخله التأكيد : صح أن يحمل الثالثة على التأكيد . وليس كذلك الإقرار ، لأنه لا يدخله التأكيد . ألا ترى أنه لو قال : له على درهم درهماً لم يصح .

والثانى ـ قاله فى التلخيص ـ : أنه يقبل ، واتفقا على أنه لا يقبل تأكيد الأول بالثانى .

ومع الإطلاق . فعلى قول القاضى : لزوم الثلاثة له واضح .

وحكى صاحب التلخيص على قوله وجهين . أحدهما : لزوم الثلاث . كالطلاق . والثانى : يلزمه درهمان . لأنه اليقين . والثالث : محتمل ، والأصل براءة الذمة . وفرق بينه و بين الطلاق ، لأن حظر الطلاق أعظم . والله أعلم .

و إن كان اللفظ الثانى مثل الأول فى المعنى ، مخالفاً له فى اللفظ، كقوله : أنت مطلقة ، أنت مسرحة ، أنت مفارقة : قبل منه إرادة التأكيد بالثانية والثالثة . جزم به أبو محمد المقدسى فى المغنى ، والكافى . ولو قال : أنت مطلقة ومسرحة ومفارقة . وقال : أردت التأكيد ، أبدى فى المغنى احتمالين .

أحدهما : القبول . وعلله بأن اللفظ المختلف يعطف بعضه على بعض تأكيداً كقوله * فألفت قولها كذباً ومَيناً *

والثانى : عدم القبول . وعلله بأن الواو تقتضى المغايرة . فأشبه مالو كان بلفظ واحدٍ .

قلت : و ينبغى ـ إذا قبلنا منه إرادة التأكيد مع العطف فى هذه الصورة ـ أن يكون محل هذا فى إرادة تأكيد الثانية بالثالثة ، لافى إرادة تأكيد الأولى بالثانية . كما قلنا فى قوله : أنت طالق وطالق وطالق . والله أعلم .

فائدة

جزم النحويون ـ ومنهم أبو حيان فى كتبه ـ بأن فائدة التأكيد بـ« كل » ونحوها : هو واقع احتمال التخصيص .

إذا تقرر هذا ، فيتفرع على ذلك ماقاله الأصحاب :

إذا قال : كل عبد لى ـ أو ملكى ـ حر . فإنه يعتق عليه جميع عبيده . قال صاحب الترغيب : نوى العموم أو لم ينو ، نوى بعضهم دون بعض أو لا . نص

عليه . قال : لأن النية لا أثر لها فى الصريح على الصحيح . والله أعلم .

القاعدة ٤٧ ـ إذا قلنا :الأمر المطلق يقتضى التكرار . فيقتضى الفور اتفاقاً . وإن قلنا : لا يقتضى التكرار . فهل يقتضى الفور أم لا ؟ فى ذلك مذاهب.

أحدها : أنه يقتضى الفور . وهذا قول أصحابنا . قال أبو البركات : وهوظاهر كلام أحمد ، و يعزى إلى أبى حنيفة ومتبعيه . وحكاه الحلوانى ـ من أصحابنا ـ عن المالكية .

قلت : وقال القاضى عبد الوهاب المالكى : الذى ينصره أصحابنا : أنه على الفور . وحكاه القرافى عن مالك ، ثم قال : خلافاً لأصحابه المغاربة . وحكاه فى المسودة عن أبى بكر الصيرفى ، والقاضى ، وأبى حامد ، وطائفة من الشافعية .

والمذهب الثانى : أنه لايقتضى الفور ولا التراخى . بل يدل على طلب الفعل قاله فى البرهان . وهذا ينسب إلى الشافعى وأصحابه . وقال فى المحصول : إنه الحق

قلت : اختاره الآمدى ، وابن الحاجب ، والبيضاوى . قال القاضى أبو يعلى : وقد أومأ إليه أحمد فى رواية الأثرم . وقد سأله عن قضاء رمضان يفرق ؟ قال : نعم . إنما قال الله (٢ : ١٨٤ فعدة من أيام أخر) .

وقال السرخسى من الحنفية : الذى يصح عندى من مذهب علمائنا : أنه ـ يعنى : الأمر المطلق ـ على التراخى . وذكر عن أبى حنيفة ما يدل على ذلك . قال : وأشار الكرخى إلى أن موجب الأمر : الفور . قال : ومن أصحابنا من جعل هذا الفعل على الخلاف بين أصحابنا فى الحج . هل هو على الفور أو التراخى؟ قال : وعندى أن هذا غلط ، لأن الحج مؤقت بأشهره . فأبو يوسف يقول: تتعين السنة الأولى . ومحمد يقول : لاتتعين . وعن أبى حنيفة روايتان .

والمذهب الثالث : أنه يفيد التراخى . أى جوازا . قال الشيخ أبو إسحاق : والتعبير بكونه يفيد التراخى غلط .

وقال فى البرهان : إنه لفظ مدخول . فإن مقتضى إفادة التراخى : أنه لو فرض الامتثال على الفور : لم يعتد به . وليس هذا معتقد أحد .

وقد حكى ابن برهان عن غلاة الواقفية : أنا لانقطع بامتثاله ، بل نتوقف عليه فيه إلى ظهور الدليل . لاحتمال إرادة التأخير .

قلت : وهذا على قول الوقف بكونه لأحدهما ، ولا نعرفه .

وذهب المقتصدون منهم إلى القطع بامتثاله . وحكى فى البرهان أيضاً كونه مشتركا بين الفور والتراخى . وأشار أبو البركات إلى أن عنده أن مذهب الوقف والتراخى شىء واحد على قول المقتصدين من الواقفية . أما على قول غلاتهم : فيتحقق الوقف مذهباً . والله أعلم .

إذا تقرر هذا ، فقال القرافى فى شرح التنقيح : واختلف القائلون بالفور . فقيل : لايتصور ذلك ، إلا إذا تعلق الأمر بفعل واحد .

وقيل : يتصور إذا تعلق بجملة أفعال .

ثم اختلف القائلون بأنه يقتضى فعلا واحداً ، فتركه . فمذهبنا ومذهب الجمهور : أنه يجب عليه الإتيان ببدله بنفس الأمر الأول . وقال الكرخى وغيره من الحنفية ، وأبو الفرج المالكى : لايجب قضاؤه إلا بأمر جديد . كالوقت عندهم

واختلف القائلون بالتراخى : هل يجوز تأخيره إلى غاية بشرط السلامة ؟ فإن مات قبل الفعل أثم . وقيل : لا إثم عليه ، إلا أن يغلب فواته ولم يفعله .

وفصل آخرون . وقالوا : إن غلب على ظنه أنه لايموت فمات : لم يأثم .

واختلف القائلون بالتراخى . فمنهم من قال : لا يجوز التأخير إلا إلى بدل ، هو العزم على أدائه فى المستقبل ليفارق المندوب .

وقيل : العزم ليس بدلا ، بل شرط فى جواز التأخير .

والقائلون بأنه بدل اختلفوا . فمنهم من قال : هو بدل من نفس الفعل .

وقيل : بدل من تقديمه .

والقائلون بالتراخى اختلفوا : هل هو فى الواجب خاصة ، أو يعم الواجب والمندوب ؟ قال القاضى أبو بكر : والصحيح أنه يعمها .

ووجه الفرق : أن التراخى معناه أنه لايأثم بالتأخير . وذلك متعذر فى المندوب ، لتعذر الإثم فى نفسه فى المندوب .

ويرد هذا الفرق : أنه قد يندب على التراخى ، كما فى صدقة التطوع . وقد يكون على الفور ، كتحية المسجد . انتهى ماقاله القراقى ملخصاً .

وإذا أريد بالأمر الندب : فإنه يقتضى الفور إلى فعل المندوب ، كالأمر الواجب . ذكره القاضى أبو يعلى ، ملتزماً له على قوله « أمر » حقيقة بما يقتضى أن الحنفية لا يقولون بالفور فيه .

ومما يتعلق بالقاعدة من الفروع ، مسائل :

منهـــا : قضاء الصلوات المفروضات . فإنه يجب على الفور لإطلاق الأمر به . هذا هو المذهب المنصوص عن أحمد ، لكن محل ذلك : إن لم يتضرر فى بدنه أو معيشة يحتاجها . نص عليه الإمام أحمد أيضاً .

ولنا وجه : لا يجب القضـاء على الفور . فأوجب القاضى ـ فى موضع من كلامه ـ الفور فيما زاد على خمس صلوات .

ومنهـــا : أداء الزكاة مع القدرة . فإنه يجب على الفور . نص عليه الإمام أحمد . قال الشيخ أبو محمد وغيره : لو لم يكن الأمر بالفور قلنا به هنا . ولنا قول لا تجب على الفور . وعلى المنصوص : يجوز للمالك التأخير إذا خشى ضرراً من عود ساع ، أو خاف على نفسه ، أو ماله ، أو نحوه .

وللإمام والساعى التأخير لعذر قحط ونحوه .

وكذا يجوز للمالك تأخير الإخراج لحاجته إلى زكاته . نص عليه .

وهل يجوز للمالك التأخير لانتظار قريب ، ذى حاجة ؟ فى المسألة وجهان . وقيد بعضهم ذلك بالزمن اليسير . وأطلق القاضى ، وابن عقيل روايتين فى القريب

ونقل يعقوب بن بختان عن الإمام أحمد : أنه قال : لا أحب أن تؤخر الزكاة إلا لقوم لا يجد مثلهم فى الحاجة .

ومنهـا : أداء النذر والكفارة . وفى لزوم الفورية وجهان . المذهب المنصوص عن الإمام أحمد : اللزوم .

وقد ذكر غير واحد من أصحابنا من الصور المسقطة لنفقة الزوجة : فعل النذر الذى فى الذمة ، والصوم للكفارة قبل ضيق وقته . ولم يكن ذلك بإذن الزوج . وهذا مشكل . إذ قد تقرر أن المذهب المنصوص : لزوم الفورية . فهو كالعين . أشار إلى ذلك أبو العباس رضى الله عنه .

ومنهـا : أداء الحج والعمرة . والمنصوص عن الإمام أحمد رضى الله عنه : لزوم الفورية لإطلاق الأمر ، وهو المذهب عند الأصحاب . وذكر ابن أبى موسى وجهاً : أنه على التراخى . وذكره ابن حامد رواية ، زاد أبو البركات : مع العزم على فعله فى الجملة . وقد تقدم الكلام على العزم فى قاعدة الواجب الموسع .

ومنهـا : أداء ديون الآدميين عند المطالبة . فإنه واجب على الفور . جزم به الأصحاب ، و بدون المطالبة : هل يجب على الفور أم لا ؟ فى المسألة وجهان .

أحدهما : ماقاله أبو المعالى ، والسامرى وغيرهما ــ وهو المذهب ــ : أنه لايجب . قال شيخنا أبو الفرج : محل هذا إذا لم يكن عَيَّن له وقتاً للوفاء . فأما إن عين له وقتاً للوفاء . كيوم كذا . فلا ينبغى أن يجوز تأخيره ؛ لأنه لافائدة للتوقيت إلا وجوب الوفاء فيه أولا . كالمطالبة به . والله أعلم .

قلت : و ينبغى أن يكون محل جواز التأخير : إذا كان صاحب المال عالماً بأنه يستحق فى ذمة المدين الدين . أما إذا لم يكن عالماً : فيجب إعلامه . والله أعلم

والثانى : ماقاله القاضى فى الجامع ، والشيخ أبو محمد فى المغنى فى قَسْم الزوجات . أنه يجب على الفور . ذكراه محل وفاق .

ومنهـــا : إذا أودع شخص شخصاً وديعة فى السوق إلى وقت المصير إلى منزله فاستعملها فتلفت . فإنه يضمن . قاله الأصحاب بناء على القاعدة . وأبدى فى المغنى احتمالا — ومال إليه ، وصححه الحارثى — : أنه لا ضمان ، إذ عادة الإيداع فى السوق إمساكها فى حانوته إلى وقت المصير إلى منزله . فصار كالمأذون فيه نطقاً .

ومنهـــا : الأمر بتعريف اللقطة حولا . فإنه يجب على الفور . جزم به غير واحدٍ من الأصحاب . قال القاضى : لا خلاف أن التعريف معتبر عقب التقاطها .

قلت : فلو أخر — مع الإمكان — فلا إشكال فى الإثم ، واستقرار الضمان . ذكره فى التلخيص وغيره . وهل يسقط التعريف ؟ ذكر القاضى أبو يعلى ، وأبو محمد : أنه يسقط فى ظاهر كلام أحمد . ولنا وجه بانتفاء السقوط .

قال الحارثى : هو الصحيح . قال فى المغنى : وعلى كلا القولين : لا يملكها بالتعريف ، لأن شرط الملك : التعريف فى الحول الأول . ولم يوجد . وكذا لو قطع التعريف فى الأول ، وأكمله فى الثانى : لا يملك بذلك .

وهل يحبسها للمالك ، أم يتصدق بها ؟ على روايتين . ذكرهما القاضى ، وأبو محمد . وإن أخر التعريف لحبس أو مرض ، أونسيان ونحو ذلك . فوجهان . ذكرهما أبو محمد .

القــاعدة ٤٨ — « الأمر بالشىء نهى عن أضداده . والنهى عنه أمر بأحد أضداده.من طريق المعنى ، دون اللفظ » فى قول أصحابنا ، وأصحاب أبى حنيفة والشافعى ، ومالك .

وقال الأشعرية : من طريق اللفظ . قال أبو البركات : بناء على أصلهم : أن الأمر والنهى لاصيغة لهما .

وزيف الجوينى قول أصحابه بأن المعنى القائم فى النفس المعبر عنه بـ « افعلْ »

مغاير المعنى القائم فى النفس المعبر عنه بـ« لا تفعل » قال : ومن أنكر هذا : فقد باهت . وسقطت مكالمته .

وقال طوائف من المعتزلة ، و بعض الشافعية ـ منهم الجوينى ـ : لا يكون منهياً عن أضداده ، لا لفظاً ولا معنى . بناء على أصل المعتزلة فى اعتبار إرادة الناهى والآمر . قاله القاضى .

وقول بعض الشافعية : مبنى على أن ما لا يتم الواجب إلا به غير واجب [1] .

و يشترط فى كون الأمر بالشىء نهياً عن أضداده : أن يكون الواجب مقرراً . كما نقله شارح المحصول عن القاضى عبد الوهاب . وقاله القاضى أبو يعلى من أصحابنا فى مسألة الوجوب .

و إذا قلنا : الأمر بالشىء نهى عن ضده . فهل يعم الواجب والندب ، أم يختص الواجب ؟ فى المسألة قولان . حكاهما الآمدى ، وابن الحاجب وغيرهما وأصحهما : أنه لا فرق . والله أعلم .

إذا تقرر هذا ، فمن فروع القاعدة :

إذا قال لزوجته : إن خالفت أمرى فأنت طالق ، ولا نية . ثم نهاها فخالفته . لأصحابنا فى ذلك . ثلاثة أوجه .

أحدها : تطلق . لأن النهى عن الشىء أمر بضده . فإذا خالفته وفعلت المنهى عنه . فقد تركت مشروع المأمور به .

والثانى : لا تطلق . تمسكا بصريح لفظه . فإنه إنما علق طلاقها على مخالفتها أمره . وهى إنما خالفت نهيه . ولعل القائل بهذا : يرى أن النهى عن الشىء ليس أمراً بضده .

والثالث : إن كان الحالف عارفاً بحقيقة الأمر والنهى : لم يحنث ، وإلا حنث ولعل هذا أقرب إلى الفقه والتحقيق .

---

(١) كذا فى الأصل . والظاهر أن « غير » زائدة .

وأما عكسها : فلم أرها مسطورة فيما وقفت عليه من كتب أصحابنا . و يتوجه تخريجها عليها ، إلا أن يفرق بينهما بفرق مؤثر . فيمتنع التخريج . والله أعلم .

ومنهـــــا : ماذكره بعض الفقهاء : أن النزاع فى وجوب النكاح مبنى على هذه القاعدة ، وهى أن « النهى عن الشىء أمر بضده » قال : لأنا إذا قلنا بذلك : فالمكلف منهى عن ترك الزنا . فيكون مأموراً بضده ، وهو النكاح . والأمر يقتضى الوجوب . فيكون النكاح واجباً .

ونازعه الطوفى . وقال : هذا ترجيح ضعيف ، لأن التحقيق أن الشىء إذا كان له أضداد . فالنهى عنه أمر بأحد أضداده . والزنا لم ينحصر ضده فى النكاح، بل ليس ضداً له أصلا . إنما ضد الزنا : تركه ، لكن تركه قد يكون بالنكاح . وقد يكون بالتسرى . وقد يكون بالاستعفاف مع العزوبة . فلا يتعين بالنكاح للتلبس ، بل يلزم مقابل ذلك : أن يكون المكلف المنهى عن الزنا مأموراً بالنكاح أو التسرى ، على التخيير . لأن ترك الزنا يحصل بكل منهما . فيصير من باب الواجب المخير . فإن قال بذلك : صح له التخريج المذكور ، لكن التسرى لم نعلم أحداً قال بوجوبه ، تعيينا ولا تخييرا . والله أعلم .

قلت : هذا الذى قال الطوفى : متجه فيما إذا كان المكلف لاشهوة له ، أوله شهوة و يأمن على نفسه مواقعة الزنا . أما إذا كان له شهوة وخاف على نفسه الوقوع فى الزنا : فإن الوطء المباح يتعين دون بقية الأضداد . إذ ليس غيره يقوم مقامه فى كسر الشهوة .

وأما قوله « إنا لانعلم أحداً قال بوجوب التسرى تعيينا ولا تخييراً » فلم يطلع على ماقاله الأصحاب فى ذلك . وقد ذكر غير واحد : إذا قلنا بوجوب النكاح . ففى الاكتفاء بالتسرى وجهان لنا . والذى يظهر : الاكتفاء به . والله أعلم .

ومنهـــــا : ماذكره الطوفى ، وهو : أن إرسال الطلقات الثلاث عندنا بدعة . فى رواية ، لتضمنه قطع مصلحة مأمور بإقامتها ، والاستمرار عليها . وهى

استدامة النكاح . وقطع المأمور باستدامته : منهى عنه . وظاهر المذهب : أنه ليس ببدعة . انتهى .

وفيما ذكره نظر . من حيث النقل ، ومن حيث المعنى .

أما من حيث النقل : فالمذهب الذى نص عليه أحمد ـ فى رواية إسحاق ، وابن هانىء ، وأبى داود ، والمروذى ، وأبى بكر بن صدقة ، وأبى الحارث . واختاره أكثر أصحابنا ـ : أن الثلاث بدعة . وفى كون الثنتين بدعة : قولان .

وأما من حيث المعنى : فالمعنى الذى ذكره ليس مختصاً بإرسال الطلقات ، بل يعم الطلاق المانع من استدامة النكاح . فلو قال : إن الطلاق من غير حاجة ينبنى على ذلك ، لربما توجه ذلك . ولنا فى تحريمه من غير حاجة روايتان .

وقد يحسن بناء روايتى تحريم الطلاق من غير حاجة على أصل ـ قاله أبو يعلى فى تعليقه الصغير ، وأبو الفتح ابن المنى ـ وهو أن النكاح لايقع إلا فرض كفاية ، وإن كان ابتداء الدخول فيه سنة . والله أعلم .

القــاعدة ٤٩ ـ إذا طلب الفعل الواجب فى كل واحد بخصوصه ، أو من واحد معين ـ كخصائص النبى صلى الله عليه وسلم ـ فهو فرض العين . وإن كان المقصود من الوجوب : إنما هو إيقاع الفعل ، مع قطع النظر عن الفاعل . فيسمى فرضاً على الكفاية . وسمى بذلك لأن فعل البعض فيه يكفى فى سقوط الإثم عن الباقين .

وتحرير الفرق بين فرض العين والكفاية : أشار إليه القرافى ، وهو : أن فرض العين ما تكررت مصلحته بتكريره . كالصلوات الخمس . فإن مصلحتها الخضوع لله وتعظيمه ومناجاته ، والتذلل له والمثول بين يديه . وهذه الآداب تكثر كلما كررت الصلاة .

وفرض الكفاية : مالا تتكرر مصلحته بتكريره . كإنقاذ الغريق إذا سأله

إنسان . فالنازل بعد ذلك إلى البحر لا يحصل شيئاً . فجعله صاحب الشرع على الـكفاية نفياً للعبث فى الأفعال .

وأشار القرافى أيضاً إلى أن فرض الـكفاية والأعيان : كما يتصور فى الواجبات يتصور فى المندوبات . كالأذان والإقامة ، والتشميت ، والتسليم ، ومايفعل بالأموات من المندوبات . فهذه على الـكفاية . والذى على الأعيان : كالوتر ، وصيام الأيام الفاضلة ، وصلاة العيدين ، والطواف فى غير النسك ، والصدقات . والله أعلم .

وكلام القرافى يقتضى : أن فرض الـكفاية : لا يشرع تكرار فعله مرة بعد أخرى . وهذا على عمومه فيه نظر ظاهر . والله اعلم .

إذا تقرر هذا ، فهنا مسائل تتعلق بفرض الـكفاية :

منهـــا : أنه هل هو واجب على الجميع ، ويسقط بفعل البعض ، أم على بعض غير معين ؟ فى المسألة قولان .

أحدهما ـ وهو الذى نص عليه أحمد ـ : أنه واجب على الجميع . ويسقط بفعل البعض . قال فى رواية حنبل : الغزو واجب على الناس . فإذا غزا بعضهم أجزأ عنهم .

قال القاضى أبو يعلى ، فى الـكفاية : فقد نص أحمد على أن المخاطبة بالغزو واجبة على الناس ، وإنما تسقط عن بقيتهم فى الثانى . وذكر صاحب المغنى قريباً من هذا . وهذا هو الصحيح عند الآمدى وابن الحاجب وغيرهما .

والثانى ـ وهو منسوب إلى المعتزلة . وهو مقتضى كلام المحصول ـ : أنه واجب على بعض غير معين .

وإذا قلنا بالأول : فلا فرق بين فرض الـكفاية وفرض العين فى الابتداء . وإنما يفترقان فى ثانى الحال . قاله أبو محمد المقدسى . وهو فرق حكمى ، وفرض الـكفاية إذا : فعله الـكل كان كله فرضاً . ذكره ابن عقيل محل وفاق .

وقال أبو العباس : لعله إذا فعلوه جميعاً . فإنه لا خلاف فيه .

قلت : هذا ظاهر إذا قلنا : فرض الكفاية واجب على الجميع ، و إن قلنا على بعض غير معين : فيتجه خلاف . وقد حكى ابن الرفعة ـ من متأخرى الشافعية ـ عن الذخائر للقاضى ، تحكى حكاية وجه : أن الزائد على ماسقط به فرض صلاة الجنازة فى الصلاة الواحدة : يقع نفلاً . وهو احتمال أبداه الإمام من الشافعية وهو يوافق القائل بأن الفرض يتعلق بالبعض .

وأما إذا فعل البعض بعد البعض : فنى كون الثانى فرضاً وجهان . و ينبنى عليها جواز فعل صلاة الجنازة بعد الفجر والعصر مرة ثانية .

ومنها : أيما أفضل : فاعل فرض العين ، أو فاعل فرض الكفاية؟ نقل الطوفى فى شرحه قولين .

أحدهما : ـ ولم يسم قائله ـ أن فاعل فرض العين أفضل . لأن فرضه أهم . ولذلك وجب على الأعيان .

والثانى : فاعل فرض الكفاية أفضل . لأن نفعه أعم . إذ هو يسقط الفرض عن نفسه وعن غيره . قال : وهذا منسوب إلى إمام الحرمين .

واقتصار الطوفى على النقل عن إمام الحرمين يوهم أن ذلك لا يعرف لغيره . وليس كذلك . فقد سبقه إلى هذه المقالة والده فى المحيط . وكذا الأستاذ أبو إسحاق الاسفرائينى . نقله عنهما ابن الصلاح فى فوائد رحلته . والله أعلم .

ومنها : أن فرض الكفاية : هل يلزم بالشروع أم لا ؟ قال بعض شيوخنا : فى المسألة قولان . أخذا من احتمالين . قالهما صاحب التلخيص فى اللقيط إذا أراد الملتقط رده إلى الحاكم مع قدرته ، لكن قاس احتمال الجواز على اللقطة ، واحتمال المنع علله بأنه فرض كفاية ، وقد شرع فيه ، وقدر عليه . فصار متعينا .

و يظهر لى أخذ القولين من مسألة أخرى . وهى : أن حفظ القرآن فرض كفاية إجماعاً . فإذا حفظه وأخر تلاوته ، بحيث ينساه ولا عذر : حرم على الصحيح

قال الإمام أحمد : ما أشد ما جاء فيمن حفظه ثم نسيه . وفيه وجه يكره . وقدمه بعضهم . والله اعلم .

ومنهـــا : أنه يكفى فى سقوط فرض الكفاية : غلبة الظن . فإذا غلب على ظن طائفة أن غيرها قام به : سقط عنها . قاله القاضى ، وأبو العباس وغيرهما . والله اعلم .

ومنهـــا : أن فاعل فرض الكفاية : أفضل من غير فاعله ، ضرورة أنه حَصَّل مصلحته دون غيره . نعم هما شيئان فى الخروج عن العهدة . لكن هذا خرج بفعله . وذاك خرج لانتفاء القابل لفعله . والله اعلم .

القـــاعدة ٥٠ ـ يجوز أن يأمر الله تعالى المكلف بما يعلم الله منه أنه لا يفعله . نص عليه أحمد فى أمره ونهيه ، خلافا للمعتزلة . واستدل عليهم ابن عقيل بالإجماع على علمه بامتناع إبليس قبل أمره . وذكر أن المسلمين أجمعوا على ذلك . وهؤلاء يخالفون فى هذه المسألة . وقد أنكر ابن عقيل وغيره المسألة على هذا الوجه .

قال أبو العباس : والتحقيق : أن الخلاف فيها مع غلاة القدرية من المعتزلة وغيرهم . وهم الذين يقولون : لم يعلم الله أفعال العباد ، حتى عملوها ، مثل : معبد الجهنى ، وعمرو بن عبيد . وهم كفار .

وفائدة جواز التكليف : إظهار المطيع من العاصى .

إذا تقرر هذا ، فمن فروع القاعدة :

من أفسد صوم يوم من رمضان بما يوجب الكفارة ، ثم مات : لم تسقط عنه الكفارة . لأنه قد بان عصيانه بإقدامه على الإفساد . فجعلت فائدة التكليف فلا يقدح فيه انتفاء شرط صحة صوم اليوم بموته . والله أعلم .

فائدة

الأمر بالشيء ليس أمراً به مع عدم الدليل عليه . ذكره أبو محمد المقدسي ، والرازي .

وحينئذ ، فلا يستقيم استدلال من استدل من الأصحاب على مراجعة الحائض إذا طلقت في الحيض بأمر النبي صلى الله عليه وسلم عمر « أن يأمر ابنه رضي الله عنهما بمراجعة زوجته ، لما طلقها وهي حائض » .

القاعدة ٥١ ـ « النهي » صيغة « لاتفعل » من الأعلى للأدنى . إذا تجردت عن قرينة : فهي نهي . وقد تقدم في الأمر : هل يشترط العلو والاستعلاء ، أو لايشترطان ؟ فالنهي مثله . وإطلاق النهي ماذا يقتضي ؟ في المسألة مذاهب .

أحدها : الأصل في إطلاقه : التحريم . ثم هذا مذهبنا . ونص عليه الشافعي في الرسالة في باب العلل في الأحاديث . واختاره أصحابه . وهو الحق .

والثاني : كراهة التنزيه . وبالغ الشافعي في إنكار ذلك . ذكره الجويني في مسألة مفردة في التأويلات .

والثالث : الإباحة . والرابع : الوقف .

والخامس : أنه للقدر المشترك بين التحريم والكراهة . وهو مطلق الترك .

والفرق بين هذا وبين القول بأنه للكراهة : أن جواز الفعل هنا مستفاد من الأصل . وفيما إذا جعل للكراهة : يكون جواز الفعل مستفاداً من اللفظ أيضاً .

والسادس : بين التحريم والكراهة .

والسابع : أنه لأحدهما ، لا بعينه . قال بعضهم : فيكون محمولا على هذا القول والقول الذي قبله .

وقد يقال ـ على هذين القولين ـ : يرجع إلى القول بالتحريم . لأن ترك الحرام واجب . وهذا اللفظ مشترك بين الحرام وغيره . فيجب الكف . لأنه من باب مالا يتم الواجب إلا به . والله أعلم .

فوائد أصولية

منهـــا : نقل علي بن سعيد عن الإمام أحمد . أنه قال : ما أمر به النبي صلى الله عليه وسلم عندى : أسهل مما نهى عنه . وكذلك نقل عنه الجوينى : الأمر أسهل من النهى .

قال أبو الخطاب : هذا يدل على أن إطلاق الأمر يقتضى الندب . وهـذا احتمال أبداه أبو البركات . قال : وهو بعيد ، لمخالفته منصوصاته الـكثيرة .

قال أبو البركات : ويحتمل ـ وهو الأظهر ـ أنه قصد : أنه أسهل ، بمعنى أن جماعة من الفقهاء : فرقوا بأن الأمر للندب ، والنهى للتحريم . والنهى للدوام . والأمر لايقتضى التكرار . والله أعلم .

قلت : قال القاضى فى المجرد ـ فى باب الصلاة بالنجاسة ـ : إن صلاة المأموم تبطل بترك الإمام ركناً . رواية واحدة . وهل تبطل بفعل الإمام منهياً عنه طرأ عليه ـ كالحدث والـكلام ونحوه ـ ؟ على روايتين . إحداهما : تبطل كما تبطل بترك ركن . والثانية : لاتبطل . قال : لأن فعل المنهى عنه أخف من ترك المأمور به . ألا ترى أن ترك القراءة فى الصلاة يبطلها . رواية واحدة ؟

واختلف قوله فى الـكلام ساهياً : هل يبطل صـلاة المتكلم . و إذا سبقه الحدث : هل يستقبل الصلاة أم يبنى ؟ و إذا كبر دون الصف ـ جاهلا بذلك ـ عفى عنه . وكان المنهى عنه أخف من ترك المأمور به . انتهى .

قلت : وهذا عكس نص أحمد فى رواية الميمونى ، وعلى بن سعيد . والله أعلم.

ومنهـــا : إذا قيل : الأمر يقتضى التكرار . فالنهى أولى . و إن قيل : لايقتضيه الأمر . فالمشهور من مذاهب العلماء : أن النهى يقتضيه . ونسب إلى الإمام فخر الدين : أن النهى لايقتضى التكرار ، كالأمر . والله أعلم .

ومنهـــا : إذا قال : لاتفعل هذا مرة . قال القاضى أبو يعلى : يقتضى

الكف مرة . فإذا ترك مرة سقط . وقال غيره : يقتضى تكرار الترك . ذكره في المسودة .

ومنهـــا : صيغة النهى بعد سابقة الوجوب . إذا قلنا : إن صيغة الأمر — بعد الحصر — للإباحة ؟ فيه وجهان

أحدهما : أنه يفيد التنزيه دون التحريم . والثانى : التحريم . ذكرهما القاضى أبو يعلى . والثانى : اختاره الحلوانى وغيره . وقيل : الإباحة . والله أعلم .

إذا تقرر هذا ، فإطلاق النهى : هل يدل على الفساد أم لا ؟ فى ذلك مذاهب

أحدها : أنه يدل على الفساد مطلقا . قال أبو البركات : نص عليه فى مواضع تمسك فيها بالنهى المطلق على الفساد . وهذا قول جماعة من الفقهاء . حكاه القاضى أبو يعلى .

قال الخطابى : ظاهر النهى يوجب فساد المنهى عنه ، إلا أن تقوم دلالة على خلافه . قال : وهذا هو مذهب العلماء فى قديم الدهر وحديثه . ذكره فى الأعلام فى النهى عن بيع الكلب .

والثانى : لايدل عليه مطلقا . ونقله فى المحصول عن أكثر الفقهاء ، والآمدى عن المحققين .

والثالث — وهو المختار فى الحصول والمنتخب وغيرهما . وقاله أبو الحسين البصرى — : يدل عليه فى العبادات دون المعاملات .

والرابع : أنه يدل مطلقاً فى العبادات كما ذكرناه . وكذلك فى المعاملات ، إلا إذا رجع إلى أمر مقارنٍ للعقد غير لازم له ، بل ينفك عنه . كالنهى عن البيع يوم الجمعة وقت النداء . فإن النهى إنما هو لخوف تفويت الصلاة ، لا لخصوص البيع . إذ الأعمال كلها كذلك . والتفويت غير لازم لماهية البيع .

وهذا القول قد نقله ابن برهان فى الوجيز عن الشافعى . واختاره الرازى فى المعالم فى أثناء الاستدلال . ونقله الآمدى بالمعنى عن أكثر أصحاب الشافعى .

وحيث قلنا : يدل على الفساد . فقيل : يدل من جهة اللغة . والصحيح عند الآمدى ، وابن الحاجب : أنه لا يدل إلا من جهة الشرع .

وفى كلام أبى البركات مايقتضى أنه قد قيل : إنه بالفعل .

و إذا قلنا : النهى لايدل على الفساد فبالغ بعضهم . وقال يدل على الصحة . واختار الغزالى فى موضع من المستصفى : هذا القول . ثم قال ــ بعد ذلك ــ فى هذا : إنه فاسد . والله أعلم .

فائدة

إذا قام دليل على أن النهى ليس للفساد : لم يكن مجازا ، لأنه لم ينتقل عن جميع موجبه . و إنما انتقل عن بعض موجبه . فصار كالعموم الذى خرج بعضه . فإنه يبقى حقيقة فيما بقى . قاله ابن عقيل .

قال : وكذلك إذا قامت الدلالة على نقله عن التحريم . فإنه يبقى نهياً حقيقة عن التنزيه . كما إذا قامت دلالة الأمر على أنه ليس على الوجوب .

قال أبو البركات : الأول مبنى على أن الفساد مدلول عليه بلفظ النهى . و إلا فإن كان معلوماً بالعقل ، أو بالشرع : لم يكن انتفاؤه مجازاً ، ولا إخراج بعض مدلول اللفظ . وهكذا كل دلالة لزومية ، فإن تخلفها هل يجعل اللفظ مجازاً ، أو يكون بمنزلة التخصيص ؟ والله أعلم . انتهى .

إذا تقرر هذا ، فالتفريع على دلالة النهى عنه كثيرة فى المذهب جداً : فى العبادات ، والمعاملات وغيرها . وفى المذهب فروع منهى عنها ، لم يقولوا فيها بالفساد ، ادعى الأصحاب : أنها خرجت بدليل . وفيه نظر . والله أعلم .

فصل

العموم والخصوص

جمهور العلماء : على أن العرب وضعت للعموم صيغاً تخصه . فإن استعملت في الخصوص كان مجازاً . وعكس آخرون . وقالوا : تلك الصيغ حقيقة في الخصوص ، مجاز في العموم .

وقال القاضي أبو بكر : اللفظ مشترك بينهما . وذهب إليه الأشعري تارة . واختار الآمدي الوقف . وذهب إليه الأشعري تارة أخرى .

وقيل : بالتوقف في الأخبار والوعد والوعيد دون الأمر والنهي .

فالتوقف : إما على معنى : لا ندري ، هل وضع له صيغة أم لا ؟ وإما على معنى : إنا نعلم أنه وضع إلا أنا لا ندري : أهو حقيقة في العموم والخصوص ، أم مجاز في أحدهما ؟ والله أعلم .

القاعدة ٥٢ — « المفرد المحلى بالألف واللام » يقتضي العموم إذا لم تكن هناك قرينة عهد . وقد نص إمامنا — رحمه الله — على ذلك في مواضع وقاله أبو عبد الله الجرجاني ، وابن برهان ، وأبو الطيب . ونص عليه الشافعي في الرسالة ، وفي البويطي . ونقله الآمدي عن الشافعي ، والأكثرين . ونقله الإمام فخر الدين عن الفقهاء والمبرد .

ثم اختار هو ، ومختصر كلامه : أنه يقتضي العموم . وهو قول أبي علي الجبائي ، واختلف عن أبي هاشم .

وإن كان هناك معهود : انصرف إليه . قاله ابن مالك في التسهيل وغيره من الأصوليين .

قلت : وسواء كان المعهود عرفياً ، أو شرعياً .

إذا تقرر هذا ، فيتعلق بالقاعدة مسائل :

منها : دعوى أن الأصل جواز البيع في كل ماينتفع به ، ولم ينه

عنه عملا . بقوله تعالى (٢ : ٢٨٢ وأحل الله البيع) حتى يستدل به ـ مثلا ـ على جواز بيع لبن الآدميات ونحوه مما وقع فيه الخلاف . إن قلنا : إنه للعموم و إلا فلا . وجهوز العلماء على أنه للعموم . وقال بعضهم : إنه مجمل .

وعلى الأول : فهل هو من العا م المخصوص . أو من العام الذى أريد به الخصوص ؟ فى ذلك قولان .

والفرق بين العام المخصوص ، والعام الذى أريد به الخصوص : من وجهين .

أحدهما : أن العام المطلق الذى يجرى على عمومه ، و إن دخله التخصيص : ما يكون المراد باللفظ أكثر . وما ليس بمراد باللفظ يكون أقل . والعام الذى أريد به الخصوص : ما يكون المراد باللفظ أقل . وما ليس بمراد باللفظ أكثر .

والفرق الثانى : أن البيان فيما أريد به الخصوص : متقدم على اللفظ . وفيما أريد به العموم : متأخر عن اللفظ ، ومقترن به . وعلى كلا القولين : يجوز الاستدلال به على إباحة البيوع .

والمختلف فيها : مالم يقم دليل على التخصيص على إخراجها من العموم . وكذلك الاستدلال على بطلان مافيه غرر . بقوله « نهى عن بيع الغرر » وكذلك الاستدلال على بطلان بيع اللحم بالحيوان ، مأكولا أو غير مأكول . بقوله « نهى عن بيع اللحم بالحيوان » .

وأما تحرير مذهبنا فى ذلك : فإن كان الحيوان مأكولا فيحرم بيعه بلحم من جنسه . وكذا بغير جنسه ، إن قيل : اللحم جنس واحد . فإن قيل : أجناس فيجوز . أشار إلى ذلك صاحب المغنى .

ولنا قول بالمنع مطلقاً ، مأكولا أو غير مأكول .

واختار أبو العباس المنع فيما إذا كان من جنسه . وكان الحيوان مقصود اللحم .

فعلى قول جمهور أصحابنا : يكون من العام المخصوص ، أو الذى أريد به الخصوص . والله أعلم .

ومنهـــا : إذا قال الزوج : الطلاق يلزمنى ، أو أنت الطلاق . فهل يلزمه ثلاث أو واحدة . إذا لم ينوه ؟ فى المسألة روايتان . لزوم الثلاث بناء على المحلى ، ولزوم الواحدة بناء على تقديم المعهود على العموم . إذ معنى المعهود : سُنِّيٌّ . وهو أن السنة : أن يطلقها واحدة .

ولعل هاتين الروايتين مبنيتان على أن الطلاق الثلاث : هل هو سنى أو بدعى ؟ وفى المسألة روايتان . فإن قلنا : هوسنى لزمت الثلاث . بناء على عموم المحلى . و إن قلنا : ليس سنياً . و إنما السنة : الواحدة . فينصرف المحلى إلى المعهود السنى . وهو الواحدة .

وقد يقال : تطلق واحدة . و إن قلنا الثلاث سنة . والمحلى بالألف واللام يقتضى الاستغراق ، بناء على العرف . إذ العرف يقتضى أن ذلك واحدة .

أما إن قال : أنت عليَّ حرام ، أعنى به الطلاق ، ولم يجعل ذلك ظهاراً . على الصحيح من الروايتين . فذكر أبو محمد المقدسى ، وأبو البركات وغيرهما فى المسألة : الروايتين اللتين فى المسألة قبلها .

وقد يفرق بين هذه المسألة والتى قبلها : بأن هذه المسألة ذكر فيها أولا : أنت عليَّ حرام ، وفسَّر التحريم بالطلاق . والطلاق لايكون محرماً . إلا إذا كان ثلاثاً . بخلاف التى قبلها . فإنه لم يصرح فيها بالتحريم . فيبقى لزوم الطلاق فيها مبنياً على عموم المحلى بالألف واللام . أو الرجوع إلى المعهود السّنى ، أو العرفى .

وهذا الفرق ، إنما يتأتى إذا قلنـا : الرجعية مباحة . أما إذا قلنا : الرجعية محرمة : فلا .

وعلى رواية وقوع الثلاث : فلو نوى به مادونها . فهل يقع به مانواه خاصة ،

أو يقع به الثلاث . ويكون ذلك صريحاً فى الثلاث ؟ فيه طريقان للأصحاب . هذا الكلام بالنسبة إلى عدد الطلاق .

وأما بالنسبة إلى عدد الزوجات . فلو قال : الطلاق يلزمنى ، لا أفعل كذا وفعله . وله أكثر من زوجة . فإن كان هناك نية ، أو سبب يقتضى التعميم ، أو التخصيص : عمل به . وإن فقد السبب والنية : خرجها بعض الأصحاب على الروايتين فى وقوع الثلاث بذلك على الزوجة الواحدة . لأن الاستغراق فى الطلاق يكون تارة فى نفسه ، وتارة فى محله .

وفرق بعضهم بينهما بأن عمومه للطلاق الثلاث من باب عموم المصدر لأفراده ، وعموم الزوجات : يشبه عموم المصدر لمفعولاته ، وعمومه لأفراده : أقوى من عمومه لمفعولاته . لأنه يدل على أفراده بذاته عقلاً ولفظاً . وإنما يدل على مفعولاته بواسطة . مثال الأكل والشرب ــ مثلاً ــ فإنه يعم أنواع الأكل والشرب أبلغ من عمومه المأكول والمشروب ، إذا كان عاماً . فلا يلزم من عمومه لأفراده وأنواعه عمومه لمفعولاته . ذكر مضمون ذلك أبو العباس .

وقوى فى موضع آخر وقوع الطلاق بجميع الزوجات ، دون وقوع الثلاث بالزوجة الواحدة . وفرق فيها بأن وقوع الطلاق بالزوجات المتعددات .

وفى الروضة : إن قال : إن فعلت كذا فامرأته طالق ، وفعل : وقع بالكل ، أو بمن بقى . قال : وإن قال : علي الطلاق لأفعلن ، ولم يذكر المرأة . فالحكم على ما تقدم . فإن لم يبق تحته زوجة ، ثم تزوج أخرى ، وفعل المحلوف عليه : وقع أيضاً . ولو قال : فلانة طالق لأفعلن كذا . فمات ، أو طلقها ، ثم تزوج أخرى : لم تطلق ، لأنه عينه لامرأة . انتهى .

ومنها : دعوى أن الأصل فى الأبوال كلها النجاسة . استدلالاً بقوله عليه السلام « تنزهوا من البول . فإن عامة عذاب القبر منه » ولكن أصحابنا حملوا الألف واللام هنا على العهد ، وهو بول الآدمى بقرينة .

ومنهـــا : دعوى جواز التكبير فى الصلاة بقول المصلى « الله الأكبر » أو الـكبير » أو إذا نـكس ، على خلاف فى ذلك ، استدلالاً بقوله عليه الصلاة والسلام « تحريمها التكبير . وتحليلها التسليم » والمذهب لمنصوص الصحيح عندنا لايجزئه إلا قول « الله أكبر » فتـكون الألف واللام للعهد . لأنه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كبر بغيرها . وقد جاء الخبر فى نفى قبول الصلاة بغير « الله أكبر » والمعنى الموجود فيها لا يوجد فى غيرها .

ومنهـــا : دعوى جواز « السلام » للخروج من الصلاة بقوله « عليكم السلام » و «سلام عليكم» بغير تعريف . و « السلام عليكم » من غير ذكر الرحمة .

ولنا فى المسألة الأولى وجهان . ذكرهما القاضى أبو يعلي فى الجامع الـكبير . مدركهما : هل المراد بالألف واللام العموم أو العهد ؟ .

ولنا فى المسألة الثانية ثلاثة أوجه .

أحدها : الإجزاء إذا نواه . وهو احتمال للقاضى ، أبداه فى الجامع الـكبير . قال : وقد أومأ إليه أحمد فى رواية مهنا . وقد سأله : ماقوله « حذف السلام سنة »؟ قال : أن لايطولها « سلام عليكم » ولأن التنوين يقوم مقام الألف واللام .

والثانى : عدم الإجزاء ، بناء على أن الألف واللام للعهد لا للعموم .

والثالث : عدم الإجزاء مطلقاً ، سواء نواه ، أو لم ينوه . ذكره الآمدى .

ولنا فى المسألة الثالثة قولان ، هما : احتمالان للقاضى فى الجامع الـكبير .

أحدهما : الإجزاء لقول أحمد ــ فى رواية ابن أصرم المزنى ــ وقد سئل عن قوله « حذف السلام سنة » ؟ قال : لا يطيله « السلام عليكم » بنـاء على أن الألف واللام لجنس السلام ، لا للعهد . وعدم الإجزاء . واختاره أبو الخطاب وغيره . بناء على أن المراد بالألف واللام العهد . لأن من وصف سلام النبي صلى الله عليه وسلم وصفه مع ذكر الرحمة . والأخبار متطابقة بذلك .

وأما صلاة الجنازة : فذكر بعض أصحابنا وجهاً : أنه لايجزىء السلام منها بدون ذكر الرحمة . والمنصوص عن أحمد فى رواية علي بن سعيد ـ وقد سئل عن التسليم على الجنازة ـ ؟ فقال : واحدة . فقيل له : كيف تسلم ؟ فقال : السلام عليكم ورحمة الله . فقيل له : تقول : ورحمة الله ؟ فتوقف ساعة ، ثم قال : إن شاء قال و إن شاء لم يقل : ورحمة الله .

ومنهـــا : لو حلف الحالف لا رأى منكراً إلا رفعته إلى الوالى من غير تعيين . فهل يتعين المنصوب فى الحال ، أم يبرأ بالرفع إلى كل من ينصب بعده ؟ فى المسألة وجهان . قال فى الترغيب : لتردد الألف واللام بين تعريف الجنس والعهد .

ومنهـــا : إذا قال الزوج : امرأة القاضى طالق ، ولم يكن معنا سبب ولا عهد ولا بينة . هل تطلق زوجته أم لا ؟ هذه المسألة لم أرها منقولة فيما وقفت عليه من كتب أصحابنا . فيتجه أن يقال فيها : يخرج على قاعدة المحلى بالألف واللام ، هل يقتضى العموم أم لا ؟ ويتجه بناؤها على قاعدة أخرى . وهى أن المخاطب ـ بكسر الطاء ـ هل هو داخل فى عموم خطابه أم لا ؟ كما سيأتى تقريرها إن شاء الله تعالى .

ومنهـــا : إذا نوى المتيمم بتيممه الصلاة وأطلق ، ولم ينو فرضاً ولا نافلة . وقلنا بالمذهب المشهور : إن التيمم يبيح الصلاة ، لايرفع الحدث . فهل يتناول تيممه الفرض والنفل بالقاعدة ، أم النفل خاصة ، تنزيلاً له على الأدنى ؟ فى المسألة قولان . أشهرهما عند الأصحاب : الثانى .

ومنهـــا : إذا قال السيد لعبده : إذا قرأت القرآن فأنت مدبر . فقرأ بعضه : لايصير مدبراً . حملا لها على الاستغراق إلا بدليل .

وقد ذكر بعض أصحابنا : حنث من حلف لايقرأ القرآن بقراءة بعضه وما قصد الحنث .

فخرج على الروايتين : إذا حلف لايفعل شيئاً ففعل بعضه .

القاعدة ٥٣ ـ « المفرد المضاف : يعم » هذا مذهبنا . ونص عليه إمامنا ، تبعاً لابن عباس ، وعلى رضى الله عنهما . قاله صاحب المحصول ، ومُختصِر كلامه .

وقال القرافى فى شرح التنقيح : ينبغى أن يفصل بين أسم الجنس إذا أضيف فإن كان جمعاً : عم . وإن كان مفرداً : فلا . قال : لكن لم أره منقولا ، والاستعمالات العربية تقتضيه .

قلت : وحكى عن الشافعية والحنفية : أن المفرد المضاف لايعم .

إذا تقرر هذا ، فمن الفروع المتعلقة بالقاعدة :

إذا قال : زوجتى طالق ، وعبدى حر . ولم ينو معيناً . فالمنصوص عن أحمد : أنه تطلق جميع زوجاته . ويعتق جميع عبيده .

واختار أبو محمد المقدسى فى المغنى : أنه تطلق إحداهن ، ويعتق أحدهم ، ويخرج بالقرعة .

ومنها : إذا نذر ذبح ولده ـ وقلنا : يلزمه ذبح كبش ـ فكان له أولاد . فإنه يلزمه أن يذبح عن كل واحد كبشاً . ذكر ذلك أبو محمد المقدسى ، وعزاه إلى نص أحمد . ولم يخالفه . وبناه على القاعدة . وهو مخالف لما اختاره فى كتاب الطلاق .

ومنها : إذا أوصى لحمل امرأة . فولدت ذكراً ، أو أنثى . فهما سواء . ذكره أبو محمد وغيره .

ومنها : إذا أوصى السيد لمكاتبه بأوسط نجومه . وكانت النجوم شفعاً متساوية القدر : تعلق الوضع بالشفع المتوسط . كالأربعة المتوسط منها : الثانى والثالث . وكالستة المتوسط منها : الثالث والرابع . ذكره أبو محمد المقدسى وغيره ، وهو مبنى على القاعدة .

ومنهــــا : إذا قال : إن كان حملك ذكراً . فأنت طالق طلقة. وإن كان أنثى فطلقتين . فولدت ذكراً وأنثى . قال الأصحاب : لا تطلق ، وعللوه بأن حملها ليس بذكر ولا أنثى ، بل بعضه هكذا وبعضه هكذا . وهو موافق لكون المضاف للعموم .

ومنهــــا : إذا وقف على ولده : فإنه يتناول جميع أولاده الذكور والإناث . ذكره الأصحاب وللإمام أحمد رضى الله عنه نص يدل على ذلك .

وهل يتناول ولد البنين أيضاً ؟ على روايتين ، ولا يتناول ولد البنات . جزم به أبو محمد المقدسي وغيره .

قال الحارثى : والصواب التسوية بين الصورتين . وكذلك إذا قال : وقفت على ابنى وقرابتى . فإنه يتناول الجميع .

ومنهــــا : ـ وهو مخالف للقاعدة ـ إذا قال الموصى : أوصيت لجارى محمد بكذا . وله جاران بهذا الاسم . هل تصح الوصية أم لا ؟ فى المسألة روايتان . أصحهما ، قول الأصحاب : لاتصح ، للابهام . والرواية الأخرى : تصح . ويعطى هو الورثة واحداً . وهل هو بقرعتهم ، أو بتعيينهم ؟ فى المسألة وجهان .

ومقتضى القاعدة : أنه يصرف إليهما جميعاً على السواء . ولم يقل بواحد .

القــاعدة ٥٤ ـ « النكرة فى سياق النفى : تعم » سواء باشرها النافى ، نحو : ما أحد قائم ، أو باشرها عاملها . نحو ماقام أحد ، وسواء كان النافى ، نحو : « ما ، أو لم ، أو لن ، أو ليس » أو غيرها .

ثم إن كانت النكرة صادقة على القليل والكثير « كشىء » أو ملازمة للنفى نحو « أحد » وكذا صيغة « بُد » نحو : مالى عنه بُدٌّ . كما نقله القرافى فى شرح التنقيح عن الكافى والمنتخب ، أو داخلا عليها «من » نحو : ماجاءنى من رجل ، أو واقعة بعد « لا » العاملة عمل « إن » وهى « لا » التى لنفى الجنس . فواضح كونها للعموم . وقد صرح به مع وضوحه النحاة والأصوليون .

وما عدا ذلك . نحو : مافى الدار رجل ، بدون « من » ولا رجل قائما . أى تنصب الخبر . فمقتضى إطلاق الأصوليين : أنها للعموم أيضاً . وهو مذهب سيبويه . وممن نقله عنه أبو حيان فى الكلام على حروف الجر . ونقله من الأصوليين : إمام الحرمين فى البرهان فى الكلام على معانى الحروف ، ولكنها ظاهرة فى العموم لا نص فيه .

قال إمام الحرمين : وهذا نص سيبويه على جواز مخالفته . فتقول : ما فيها رجل ، بل رجلان . كما تعدل عن الظاهر . فتقول : جاء الرجال إلا زيداً .

وقال الجرجانى : فى أول شرح الإيضاح : على أن الحرف قد يكون زائداً من حيث العمل دون المعنى . كقولك : ما جاءنى من رجل . فإن « من » هنا : تفيد العموم . ولو قلت : ماجاءنى رجل لم يحصل العموم . وكذلك قال الزمخشرى وغيره فى قوله تعالى (ما لكم من إله غيره) لو قال : ما لكم إله غيره ، بحذف « من » لم يحصل العموم . وكذلك قوله (٣٦ : ٤٦ وما تأتيهم من آية من آيات ربهم) لو قال : ما تأتيهم آية ، بحذف « من » لم يحصل العموم .

قال القرافى ــ بعد حكايته عنهما هذا ــ وهذا يقتضى : أن هذه الصيغ الخاصة كلها إذا كانت فى سياق النفى لا تفيد العموم ، وإنما تفيد النكرات العامة . نحو: « أحد » و « شىء » فإذا قلت : ما جاءنى أحد ، حصل العموم . وإذا قلت : ما جاءنى من أحد . كانت مؤكدة للعموم ، لا منشئة للعموم . هذا نقل النحاة والمفسرين .

وإذا عمت النكرة ، فهل تعم متعلقات الفعل المنفي ؟

قال القرافى : الذى يظهر لى : أنهـا تعم فى الفاعل والمفعول إذا كانا متعلقا الفعل . أما مازاد على ذلك : فلا . نحو قولنا : ليس فى الدار أحد . ولم يأتنى اليوم أحد . فإن ذلك ليس نفياً للطرفين المذكورين . وكذلك ما جاءنى أحد

ضاحكا ، ليس نفيا للأحوال . قال القرافى : و يستثنى من أن النكرة فى سياق النفي تعم : صورتان .

إحداهما : إذا قلت : لا رجل فى الدار ـ بالرفع ـ فإنها لا تعم ، بل هى نفى للرجل بوصف الوحدة . فتقول العرب : لا رجل فى الدار ، بل اثنان . ونقله عن سيبو يه . فهذه نكرة فى سياق النفى ، وهى لا تعم إجماعاً .

قلت : قد تقدم النقل عن سيبو يه بأنه إذا قال : مافى الدار رجل أنه يعم عموماً ظاهراً . وكذلك إذا قال : لا رجل فى الدار ـ بالرفع ـ يعم عموما ظاهراً .

الصورة الثانية : تسلب الحكم عن العموم ، حيث وقع . كقولك : ما كل عدد زوجاً . فإن هذا ليس حكماً بالسلب على كل فرد من أفراد العدد ، و إلا لم يكن فيه زوج . وذلك باطل ، بل مقصودك إبطال قول من يقول : إن كل عدد زوج . فقلت أنت : ما كل عدد زوجاً ، أى ليست الكلية صادقة ، بل بعضها ليس كذلك . فهو سلب للحكم عن العموم ، لا حكم بالسلب على العموم . فتأمل الفرق بينهما .

إذا تقرر هذا ، فما يتعلق بالقاعدة مسائل .

منهــــــا : صحة الاستدلال على منع الحائض والجنب من قراءة القرآن ، ولو دون آية . بقوله صلى الله عليه وسلم « لا تقرأ الحائض ، ولا الجنب شيئاً من القرآن » إذا صححنا الحديث .

ومنهــــــا : إذا قال المدعى : لا بينة لى ، ثم أتى ببينة . فالمذهب المنصوص : أنها لا تسمع بينته . ولنا قول آخر : أنها تسمع . واختاره ابن عقيل وغيره . واستشكل على المنصوص . إذا قال الشاهد : لست متحملا عليك شهادة ثم أداها بعد ذلك . فإن المنصوص عن أحمد : أنها تسمع .

والفرق بين النصين : أن الشهادة حق عليه . فتسمع بعد النفى . كما لو أقر بالحق بعد جحوده . والبينة حق له . فلا تسمع . كما لو ادعى الحق بعد أن نفاه . والله أعلم

القاعدة ٥٥ ـ النكرة فى سياق الإثبات . إن كانت للامتنان عمت أخذاً من استدلال أصحابنا . إذا حلف لا يأكل فاكهة : أنه يحنث بأكل التمر والرمان . بقوله تعالى (٥٥ : ٦٨ فيهما فاكهة ونخل ورمان) وذكر ذلك أيضاً جماعة من العلماء . منهم القاضى أبو الطيب فى أوائل تعليقه .

إذا تقرر هذا ، فمن فروع القاعدة :

الاستدلال على طهورية كل مانزل من السماء ، أو نبع من الأرض . بقوله تعالى (٨ : ١١ وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به) فإن لم تكن النكرة المثبتة للامتنان . فإنها لاتعم .

وذكر فى المحصول كلاما يوهم خلاف هذا . فقال : إنها إن وقعت فى الخبر . نحو : جاء رجل . فإنها لاتعم . وإن وقعت فى الأمر نحو : أعتق رقبة . عمت عند الأكثرين . بدليل الخروج عن العهدة بإعتاق ماشاء . هذا كلامه .

وقد علم منه : أنه ليس المراد هنا : عموم الشمول حينئذ . فيكون الخلاف إنما هو فى إطلاق اللفظ . ووجه كونها فى الخبر : أن الواقع شخص ولكن التبس علينا ، بخلاف الأمر .

القاعدة ٥٦ ـ « النكرة فى سياق الشرط تعم » ذكره أبو البركات فى المسودة . وذكره إمام الحرمين فى البرهان . وتابعه عليه الأنبارى فى شرحه . واقتضاه كلام الآمدى ، وابن الحاجب فى مسألة : لا أكلت . وإن أكلت ، ونوى تخصيصه . وكلامه فى المغنى فى مسألة الرشد ماهو ؟ يقتضى : أنها لاتعم .

وإذا ثبت أنها تعم : فهل تفيد العموم لفظاً ، أو بطريق التعليل ؟ قال أبو العباس : فيه نظر .

إذا تقرر هذا ، فمن فروع القاعدة :

إذا قلت : من يأتينى بأسير فله دينار . فإنها تعم كل أسير . وكذلك ماأشبهه . قاله أبو البركات فى المسودة .

ومنهـــــا : إذا قال الموصى : إن ولدت أنثى فله مائة . وإن ولدت ذكرا فله ألف . فولدت ذكرين وأنثيين . فإنه يشترك بين الذكرين فى الألف ، وبين الانثين فى المائة . قال فى الكافى : لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر . فيكون عاما . وفيه بحث .

ومنهـــــا ـ وهو مخالف للقاعدة ـ إذا قال السيد لأمته : إذا ولدت ولداً فهو حر . فولدت ميتاً ، ثم حيا . ففى عتق الحى روايتان . وعلل رواية عدم الإعتاق : بأن الميت ولد فى الجملة ، فينصرف التعليق إليه . ولا يتناول الحى . ورواية الإعتاق : بأن الميت وجوده كعدمه . فينصرف الإعتاق إلى لحى .

فعلى كل من التعليلين : إذا ولدت ولدين حيين . فإنه يعتق الأول فيهما فقط وهذا مشكل على القاعدة . إذ ذلك نكرة فى سياق الشرط . فتعم كل ولد تلدنيه ، أو من تلدنيه فهو حر . فهذا لفظ عام . فما الفرق بين العمومين ؟

فإن قيل : العموم هنا فى نفس أداة الشرط . فإن « من » و « أى » هى نفس المفعول الذى هو متعلق الفعل . ولهذا : يحكم على محل « من » بالنصب على المفعولية . ويظهر فى « أى » فالعموم الذى فى الأداة لنفس المفعول المولود ، وهو بعينه فى قوله : إذا ولدت ولداً . اللهم إلا أن يريد التخصيص بواحد فيبقى من باب تخصيص العام . والله أعلم .

ومنهـــــا : ـ وهو مخالف للقاعدة ـ إذا قال الزوج لامرأته : إذا ولدت أنثى فأنت طالق طلقتين . فولدت أنثى ، ثم أنثى : طلقت طلقتين بالأنثى الأولى ، ولم تطلق بالأنثى الثانية . ذكره القاضى فى الجامع الكبير . قال : لأن الصفة : إذا ولدتِ أنثى فأنت طالق . وقد طلقت بأن ولدت أنثى ، ولا تعود الصفة بأنثى أخرى . ويأتى فى هذه المسألة من البحث مثل مافى التى قبلها . والله أعلم .

القـــاعدة **٥٧** ـ المتكلم من الخلق يدخل فى عموم متعلق خطابه عند الأكثرين ، سواء كان أمراً أو نهياً ، أو خبراً ، أو إنشاءً وقيل : لا يدخل مطلقا.

واختار أبو الخطاب : يدخل ، إلا فى الأمر ، وهو أكثر كلام القاضى . وحكاه التميمى عن أحمد .

قال فى المحصول : و يشبه كونه أمراً : قرينة مخصصة . وقال فى الحاصل : وهو الظاهر .

إذا تقرر هذا ، فمن فروع القاعدة :

هل كان للنبى صلى الله عليه وسلم : أن يتزوج بلا ولى ، ولا شهود ، وزمن الإحرام ؟ فى المسألة وجهان . ذكرهما القاضى أبو الحسين ووالده وغيرهما .

قال القاضى فى الجامع الكبير : ظاهر كلام أحمد ـ فى رواية الميمونى ـ : جواز النكاح للنبى صلى الله عليه وسلم بلا ولى ، ولا شهود ، وزمن الإحرام . واختار أبو عبد الله بن حامد : أنه لم يكن ذلك مباحاً له . والله أعلم .

ومنهـــا : هل الواقف مصرفا لوقفه . كما إذا وقف على الفقراء ، ثم افتقر : فإنه يدخل على الأصح فى المذهب . ونص عليه أحمد فى رواية المروذى ، وأبدى صاحب التلخيص احتمالا بعدم الدخول . ولا خلاف فى جواز انتفاعه بالمسجد الذى وقفه . قاله الحارثى .

والفرق بين هذا و بين انتفاعه بالمسجد : عَسِر . ومراده : على الاحتمال الذى أبداه صاحب التلخيص والله أعلم .

والظاهر : أن محل الخلاف فى دخوله إذا افتقر : على قولنا بأن الوقف على النفس يصح . كما نص عليه أحمد فى رواية يوسف بن موسى ، والفضل بن زياد ، و إسحاق بن إبراهيم .

وأما إذا قلنا : بأن الوقف على نفسه لايصح . كما نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب وحنبل . فلا يدخل فى العموم إذا افتقر جزماً . لأنه لايتناول بالخصوص فلا يتناول بالعموم بطريق الأولى . والله أعلم .

وكذلك لو انقطع مصرف الوقف . وقلنا : يرجع إلى أقاربه وقفا . فكان

الواقف حياً . هل يرجع إليه ؟ على روايتين . حكاهما ابن الزاغونى فى الإقناع . وجزم ابن عقيل فى المفردات بدخوله .

وكذلك لو وقف على أولاده وأمثالهم أبداً . على أن من توفى منهم عن غير ولدٍ رجع نصيبه إلى أقرب الناس إليه . فتوفى أحد أولاده عن غير ولد ، والأب الواقف حى . فهل يعود نصيبه إليه ، لكونه أقرب الناس إليه أم لا ؟ فإنها تخرج على ماقبلها . والله أعلم .

ومنها : إذا قال الرجل : إن دخل أهله الدار فامرأتى طالق . ودخل هو ، لم تطلق امرأته . ذكره القاضى وغيره . وهو مخالف للقاعدة ، لدليل . وهو : أن قرينة حال المتكلم تدل على أنه إنما يحلف على غيره . ويمنع من سواه . فيخرج هو من العموم .

وأبدى فى المغنى احتمالا آخر بالحنث . بناء على القاعدة .

القاعدة ٥٨ ـ المخاطب ـ بفتح الطاء ـ هل يدخل فى العمومات الواقعة معه . قاعدة المذهب : تقتضى عدم الدخول . ولكن المرجح عند أكثر الأصوليين : أن الخطاب العام ـ مثل : يا أيها الناس ـ يتناول الرسول .

وقال طائفة من الفقهاء والمتكلمين : لايتناوله .

قال الحليمى : يتناوله ، إلا أن يكون معه ، قال : وقاله أبو بكر الصيرفى .

وقد يقال : إنما كانت قاعدة المذهب مخالفة لقاعدة الأصول هنا لدليل ، وهو أن خطاب الشارع المراد به التعبد ، وهو عام . إذ قد تقرر فى أصلنا : أن الخطاب الثابت للصحابة ثابت للنبى صلى الله عليه وسلم .

وأما قاعدة المذهب : فهى فى أقوال عن الشارع .

وقد تقرر فى غير هذا الموضع : أن المكلف لايلزم إذا قال شيئاً ، أو حكم بشىء ، لعلة : أنه يتعدى ، بخلاف الشارع . والله أعلم .

إذا تقرر هذا ، فيتعلق بالقاعدة فروع :

ومنهـــا : إجابة المؤذن نفسه : المنصوص عن أحمد : أنه يجيب. وهذا مخالف لقاعدة المذهب لدليل . وهو الحث على جمع الأجرين له : الدعاء ، والإجابة

ومنهـــا : إذا وكل عبده أو غريمه بإعتاق عبيده ، أو إبراء غرمائه هل يملك عتق نفسه ، و إبراءها ؟ فى المسألة قولان . المذهب : أنه لايملك عتق نفسه ، ولا إبراءها . وجزم الآجرى بأنه يملك ذلك . وفرق بين ذلك و بين من تصدق بكذا : أنه ليس له أجره ، لأن إطلاقه ينصرف إلى استحقاق إعطاء الغير ، لأنه من التفعل . وكذلك إذا قال لزوجته : طلقى نسائى . هل تطلق نفسها أم لا ؟

ومنهـــا : الوكيل فى البيع . هل له الشراء من نفسه ؟ فى المسألة روايتان معروفتان . المذهب : ليس له ذلك .

ومنهـــا : المأذون له أن يتصدق بمال . هل له أن يأخذ منه لنفسه إذا كان من أهل الصدقة ؟ المذهب : أنه لايجوز . نص عليه أحمد فى رواية ابن بختان ، وأبدى فى المغنى احتمالين آخرين . أحدهما : الجواز مطلقاً . والثانى : إن دلت قرينة على إرادة أخذه منه ، مثل أن يكون ممن يستحق صرف ذلك إليه ، أو عادته الأخذ من مثله . فله الأخذ ، و إلا فلا .

ومنهـــا : الأموال التى تجب الصدقة بها شرعاً. كالمغصوب والودائع هل لمن هى فى يده الأخذ منها ، أم لا ؟ المنصوص عن أحمد:أنه لايجوز . وخرج القاضى جواز الأكل منها ، إذا كان فقيراً ، على الروايتين فى شراء الوصى من نفسه كذا نقله عنه ابن عقيل فى فنونه ، وأفتى به أبو العباس فى الغاصب إذا تاب .

ومنهـــا : الوكيل فى نكاح امرأة . ليس له أن يزوجها لنفسه على على المذهب . فأما من ولايته بالشرع : كالولى ، والحاكم ، وأمته . فله أن يزوج نفسه . و إن قلنا : ليس لهم أن يشتروا من المال . ذكره القاضى فى خلافه . وفرق بأن المال القصد منه الربح . وهذا يقع فيه التهمة . بخلاف النكاح . فإن القصد فيه : الكفاءة وحسن العشرة .

وألحق القاضي أيضاً الوصي بذلك . وهذا فيه نظر . فإن الوصي يشبه الوكيل لتصرفه بالإذن . وسواء في ذلك القيمة وغيرها . صرح به القاضي في ذلك.وذلك حيث لهما إذن معتبر . والله أعلم .

ومنهـــا : إذا قال الرجل لآخر : إن دخل دارك أحد فعبدى حر . فدخلها صاحبها . فقال القاضي وغيره : لايعتق . وأبدى في المغنى احتمالا بالعتق أخذاً بعموم اللفظ .

ومنهـــا : إذا أوصى لعبده بثلث ماله : دخل في الوصية ثلث العبد نفسه ، ويكمل عتقه من باقي الوصية . وهذا مخالف للقاعدة . لـكن لدليل . وهو أن ملـكه للوصية مشروط بعتقه . فلذلك دخل في عموم المال الموصى به ضرورة صحة الوصية له . والله أعلم .

وحكى الحارثي عن أهل الظاهر : أنه لايعتق ، ويعطى ماجعل له ، بناء على ملك العبد . قال : ويخرج من نص أحمد . فيمن وصى لعبده بمـائة : يدفع المائة إليه . فإن باعه للورثة فهي لهم ، إلا أن يشترط المبتاع .

وجه التخريج : جعل الملك له ، والموصى به يغاير الموصى له . فلا يدخل في الثلث . والله أعلم .

ومنهـــا : الوصي في إخراج حجة ، ليس له صرفها إلى نفسه بدون إذن . نص عليه أحمد في رواية أبي داود ، وأبي الحارث ، وجعفر النسائي . وحرب . قال الحارثي : ويطرد ههنا الخلاف في شراء الوكيل من نفسه إلا في صورتين .

إحداهما : الوصية إليه بالانتفاع به . أو أن يعطى رجلا يحج عنه . فهذا ونحوه نص — أو كالنص — في إخراج الفعل عنه .

والثانية : اقتران مايقتضي انتفاء المباشرة ، مثل أن يسند إليه أموراً. لايمكن الحج معها . وهي أظهر من الأولى في انتفاء الخلاف . والله سبحانه وتعالى أعلم .

القـــاعدة **٥٩** — « العبيد يدخلون في مطلق الخطاب » نص عليه

الإمام أحمد رضى الله عنه . و به قال جماعة من السلف . واختاره أبو بكر بن الباقلانى ، وأبو عبد الله الجرجانى الحنفى . وجماعة من المـالـكية ، إلا أن يدل دليل على إخراجهم .

وادعى الأصحاب فى صور كثيرة : أنها خرجت عن القاعدة بدليل . وفى كون ذلك دليلا مخرجا نظر . والأظهر : جعله كالحر فى جميع أحكامه إلا ما أجمع على خلافه ، أوصح الحديث بخلافه .

وقال بعض المالـكية والشافعية : لايدخلون . حكاه القاضى أبو الطيب ، وحكاه الحلوانى أيضاً .

وقال الرازى : إن ما تعلق بحقوق الآدميين . لا يدخلون فيه . و إلا دخلوا . قال : ولهذا لم يجوز أصحابنا شهادة العبيد . وحكى الماوردى فى الحاوى ، والرويانى فى البحر ـ كلاهما فى كتاب القضاء ـ أن الخطاب إن تضمن تعبداً دخلوا ، و إن تضمن ملـكا ، أو عقداً ، أو ولاية . فلا .

إذا تقرر هذا . فيتعلق بالقاعدة فروع :

منهـــا : عورة الأمة : هل هى كالحرة أم لا ؟ فى المسألة روايتان .

إحداهما : عورتها . مالايظهر غالباً . والثانية : أنها مابين السرة والركبة . وعن أحمد رواية ثالثة : أن عورتها الفرجان فقط . كالرجل .

واختلف الأصحاب فى هذه الرواية : هل هى ثابتة أم لا ؟ أثبتها الحلوانى فى التبصرة . والظاهر : أنه أخذها من ظاهر عبارة شيخه أبى الخطاب فى الهداية ، وتبعه ابن تميم .

قال أبو البركات : مابين السرة والركبة من الأمة فعورة إجماعا .

وقال أبو العباس : قد حكى جماعة من أصحابنا : أن السوأتين عورة فقط . كالرواية فى عورة الرجل . قال : وهو غلط فاحش قبيح على المذهب خصوصاً ،

وعلى الشريعة عموماً . فإن هذا لم نعلمه عن أحد من أهل العلم . وكلام أحمد أبعد شيء من هذا القول .

ومنهـــا : إذا قلنا : بوجوب الصلاة جماعة — على المذهب — أو باشتراطها — على رواية ذكرها فى الواضح والإقناع . واختارها ابن أبى موسى ، وأبو العباس — فإنه لافرق بين الحر والعبد ، على إطلاق الأكثرين من أصحابنا . وذكر جماعة روايتين فى العبد . هل هو كالحر فى ذلك أم لا ؟ .

ومنهـــا : صلاة الجمعة : هل تجب على العبد أم لا ؟ وفى ذلك عن الإمام أحمد ثلاث روايات .

إحداهن — وهى ظاهر المذهب — : أنها لا تجب عيه ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث طارق بن شهاب « الجمعة حق واجب على كل مسلم فى جماعة . إلا أربعة : عبد مملوك ، أو امرأة ، أو صبى ، أو مريض » رواه أبو داود . وقال : طارق، قيل رأى النبى صلى الله عليه وسلم . ولم يسمع منه شيئاً . ورواته ثقات . وذكر البيهقى : أنه مرسل جيد . وله شواهد . وأن بعضهم وصله بذكر أبى موسى الأشعرى فيه . وليس بمحفوظ .

والرواية الثانية : تجب عليه مطلقاً .

والرواية الثالثة : إذا أذن له سيده فى فعلها . وجبت عليه وإلا فلا .

ومنهـــا : إذا مَلَّك السيد عبده مالا — وقلنا : يملكه — فهل تجب زكاته على العبد أم لا ؟ قال أكثر الأصحاب — منهم أبو بكر ، والقاضى ، وفى كلام أحمد إيماء إليه — لا زكاة على السيد . لانتفاء ملكه له ، ولا على العبد . لأن ملكه مزلزل . ولهذا لم تلزم فيه نفقة الأقارب . ولا يعتق عليه رحِمَهُ بالشراء به . وحكى بعض الأصحاب رواية بوجوب زكاته . على العبد . على القول بأنه ملكه .

ومنهم : من اشترط — مع ذلك — إذن السيد ، لقول أحمد : يزكيه بإذن

السيد . ومراد أحمد ـ والله أعلم ـ أن المال للسيد . وزكاته عليه . والعبد كالوكيل . والمودع . فلا يزكى بدون إذنه .

وحكى بعضهم عن ابن حامد : أنه ذكر احتمالا بوجوب زكاته على السيد على كلا القولين . لأنه إما ملكه أو فى حكم ملكه . لتمكنه من التصرف فيه كسائر أمواله .

ومنها : اعتكافه لا يجوز بغير إذن سيده ، لتفويت المنافع التى للسيد . وإن نذره بغير إذن سيده فلسيده تحليله ومنعه من إتمامه . هذا المذهب .

وخرج أبو البركات فى منتهى الغاية : لا يمنع من الاعتكاف المنذور ، كرواية فى المرأة فى صوم وحج منذور .

قال : ويتخرج وجه ثالث : منعه وتحليله من نذر مطلق . لأنه على التراخى كوجه لأصحابنا فى سقوط نفقة الزوجة بذلك .

ومنها : الحج . لا يجب عليه . جزم به الأصحاب . لأمره بالإعادة فى حديث ابن عباس رضى الله عنهما « أيما صبى حج ولم يبلغ الحنث ، فعليه حجة أخرى . وأيما أعرابى حج ثم هاجر ، فعليه حجة أخرى . وأيما عبد حج ثم عتق . فعليه حجة أخرى » والأكثرون على وقفه على ابن عباس . وانفرد محمد بن المنهال برفعه . وهو محتج به فى الصحيحين وغيرهما . وكان آيةً فى الحفظ . ولهذا صححه جماعة . منهم : ابن حزم . وأجاب بنسخه ، لكونه فيه الأعرابى .

وقال الأصحاب : عدم الوجوب على الجهاد ، والفرق بينهما ظاهر . إذ الجهاد المقصود منه : الشهادة . فيفضى إلى ذهاب مالية السيد بخلاف الحج .

وقال طائفة : لا يجب عليه الحج . لأنه لا يملك .

قلت : فمفهوم هذا القول ـ إذا قلنا : يملك ـ وفى يده مال يمكنه أن يحج فيه . وجب عليه وإلا فلا . يؤيده : أن أبا محمد المقدسى ـ فى كتابه المغنى فى

كتاب الحج ـ قال : إذا مَلَّك السيد عبده هدياً . وقلنا : يملكه . فهو كالواجد للهدى . لا يتحلل إلا به . انتهى .

و إنما فرضنا المسألة فيما إذا كان فى يده مال يمكنه أن يحج به . أما إذا لم يكن فى يده مال ، وأراد السيد تمليكه مالا ليحج به : فلا يلزمه هنا جزماً .

وعلى هذا : ينزل ما ذكره صاحب المغنى من لزوم التكفير بالمال فى الحج ، أو نفى اللزوم فى الظهار . وأما إذا لم يحتج العبد فى حجه إلى راحلة ، لكونه دون مسافة القصر . و يمكنه المشى بلا ضرر يلحقه . فظاهر كلام الأصحاب : لا يجب عليه الحج ، ولو أذن له سيده . وقد يقال : بوجوب الحج عليه فى هذه الصورة إذا أذن له سيده . إن لحظ فى إسقاط الوجوب عنه ـ فيما فوق مسافة القصر ـ حق السيد . و إن لحظ أنه لا يملك مايحج به . فيصير كالمعسر . فههنا لا يحتاج إلى مال . فيجب عليه ، كالمعسر إذا لم يجد راحلة . وكانت مسافة سفره دون مسافة القصر .

فإن قلت : أيلزم من هذا القول فى هذه الصورة ، والتى قبلها : إسقاط حق السيد من منافع العبد ؟

قلت : لا نسلم . حق السيد فى منافع العبد ثابتة فى أوقات العبادات ، بدليل الصلاة والصوم . يؤيد ذلك : أنه لو نذر الحج : لزمه . قال صاحب المحرر : لا نعلم فيه خلافاً .

وهل لسيده منعه إذا لم يكن نذره بإذنه ؟ فيه روايتان . وقيل : إن كان النذر على الفور لم يمنعه ، و إلا منعه .

سلمنا : لكن ينبغى إذا أذن له سيده فى ذلك : أنه يجب عليه . كرواية سبقت فى صلاة الجمعة . والله أعلم .

ومنها : الجهاد ، لا يجب على العبد جزم به الأصحاب ، ولو أذن سيده ، وسواء كانت المسافة بعيدة ، أو قريبة .

واستدل أبو محمد المقدسى لعدم الوجوب على العبد ، بقوله تعالى (٩ : ٩١

ولا على الذين لايجدون ماينفقون حرج) والعبد لايجد . فى هذا الدليل بحث .

فإن قلت : هلا قلت فى الجهاد نظير ما قلته فى الحج ؟ .

قلت : قد يقال : يخرج هنا مثله ، فيما إذا كان دون مسافة القصر ، وأذن له سيده . وفيما إذا كان دون مسافة القصر ، ومعه مال يمكنه أن يتجهز به للجهاد . وقلنا : يملك وأذن سيده فى الجهاد : أنه يجب عليه فى هاتين الصورتين ، لأنا إن لحظنا حق السيد . فقد أذن . و إن لحظنا ملكه لما يتجهز به ، فهو مالك لذلك . فيجب عليه . لوجود المقتضى وعدم المانع . ولا بد من إذن السيد فى الجهاد . لما ذكرنا فى مسألة الحج ، أن الجهاد : المقصود منه الشهادة . فيفضى إلى ذهاب مالية السيد . والله أعلم .

ومنهـــا : أمان العبد لآحاد المشركين . المنصوص عن أحمد : يصح وظاهر كلامه ، أذن له سيده فى القتال أو لم يأذن له .

ومنهـــا : هل يجرى الربا بين العبد و بين سـيده ؟ المذهب المنصوص : أنه لايجرى . لأنا إن قلنا : لا يملك فواضح . و إن قلنا : يملك . فهو ملك ضعيف فى حكم ملك السيد . والتزم أبو البركات ـ فى موضع ـ جريان الربا بينه و بين سيده ، إذا قلنا : يملك .

ومنهـــا : تصرف العبد بالشراء فى الذمة . هل هو نافذ صحيح أم لا ؟ ذكر أبو البركات فى المسألة روايتين . وصحح عدم النفوذ . وذكر غيره وجهين . ووجه البطلان : إلحاقه بالسفيه . وفيه نظر .

وفائدة الروايتين تظهر فى مسألتين .

إحداهما : هل يملك البائع الرجوع فى عين ماله . إن كان باقياً أم لا ؟ إن قلنا : بعدم الصحة . فله الرجوع به ، سواء كان فى يد السيد أو يد العبد .

و إن كان قد تلف فى يد العبد . فهل يتعلق برقبته ، أو بذمته ؟ فيه روايتان . الصحيح : أنه يتعلق برقبته .

و إن كان قد أخذه السيد وتلف فى يد البائع بالخيار[1] ، إن شاء رجع على السيد فى الحال ، و إن شاء رجع على ذمة العبد بعد عتقه . و إن قلنا بالصحة . فللبائع الفسخ للاعتبار بالثمن . و يشترى المبيع إن كان فى يد العبد .

و إن كان قد أخذه منه السيد : صح أخذه وملكه بذلك . لأنه أخذ من عبده مالاً فى يده بحق . فهو كالسيد .

و إذا ملكه السيد . صار كما لو تلف فى يد العبد ، هل يتعلق برقبته أو بذمته ؟ على الروايتين . ولا يملك البائع انتزاعه من السيد ، سواء قلنا : يتعلق برقبة العبد ، أو بذمته .

قال صاحب التلخيص : وعندى ، أن للبائع الرجوع مع بقائه . ولو أخذه السيد على الوجهين . لأن الملك واقع للسيد ابتداء . فبناه على قاعدة : أن العبد إذا ملكه غير سيده ، لا يملك به رواية واحدة .

وكلام الأكثرين من الأصحاب يخالفه . وقول صاحب التلخيص — رحمه الله — لأن الملك وقع للسيد ابتداء . فيه بحث . والله سبحانه وتعالى أعلم .

المسألة الثانية : بِمَ يضمن المبيع ؟ إن قلنا : بالصحة ، ضمن بالمسمى . و إن قلنا : بالبطلان . ضمن بمثله ، إن كان مثليا ، و إلا بقيمته . إن لم يكن مثليا . أشار إلى هاتين المسألتين أبو محمد المقدسى ، وصاحب التلخيص ، والمستوعب وغيرهم .

ومنهـــا : ضمانه بغير إذن سيده . هل يصح أم لا ؟ المنصوص : أنه لا يصح ، إلحاقاً له بالسفيه . وفيه نظر .

ولنا وجه بالصحة . ذكره بعضهم رواية . ويتبع بعد العتق . وهى الأظهر .

ومنهـــا : هل يملك العبد بالتمليك أم لا ؟ فى المسألة روايتان عن الإمام أحمد رضى الله عنه .

(١) كذا فى الأصل فليحرر .

أشهرهما ـ عند الأصحاب ـ أنه لا يملك . وهى اختيار الخرقى ، وأبى بكر ، والقاضى ، والأكثرين .

والثانيــة : يملك . اختارها أبو اسحاق بن شاقلا . وصححها ابن عقيل ، وصاحب المغنى . وهى الأظهر .

ومنهــــا : توكله . هل يصح أم لا ؟ إن لم يأذن له سيده لم يصح ، سواء فى النكاح وغيره . ولنا وجه بالصحة فى النكاح وغيره . ولنا وجه بالصحة فى النكاح خاصة . و إن أذن له سيده صح .

وهل يصح أن يتوكل فى شراء نفسه من سيده ؟ فيه وجهان . الصحيح : الصحة . وقيل : روايتان .

وهل يفتقر إلى إذن السيد فى ذلك ؟ قيل : عقدُ الشراء مع السيد ، أودخول السيد معه فى العقد إذن ؟ فى المسألة قولان .

ومنهــــا : الوصية إليه . هل تصح أم لا ؟ مذهبنا : تصح الوصية إليه سواء كان عبده أو عبد غيره . ذكره أبو عبد الله بن حامد . قال القاضى : وقياس المذهب : يقتضى صحتها . قال : لأنه تجوز شهادته .

إذا ثبت هذا : فتصرف عبد الغير يقف على إذن السيد . ذكره القاضى فى التعليق . لأن المنافع له . فلا بد من إذنه فيها .

ومنهــــا : هبته . هل تصح أم لا ؟ المنصوص عن أحمد ، فى رواية حنبل : أنها تصح بإذن سيده ، لا بدونها . قال الحارثى : وهذا على كلتا الروايتين : الملك وعدمه .

ومنهــــا : الوقف على العبد ، والمذهب : أنه لايصح ، إن قلنا : لايملك ، فواضح . و إن قلنا : يملك ، فملكه غير مستقر . والوقف من شأنه الاستقرار على الدوام . وهذا تفريع على أن الموقوف عليه يملك الرقبة . أما على أنه

لايملكه فلا يعتبر . لأن أكثر مافيه انتقال مايتجدد من ملك المنفعة إلى السيد وذلك لايقدح فى دوام الوقف .

قال الحارثى وعندى : أن ما قالوا من الاعتبار لايحتاج إليه أيضاً مع القول بملك الموقوف عليه أيضاً للرقبة ، لأن إزالة السيد للملك نقل للملك . فلأن يكون الشىء المتملك قابلا للنقل ، والوقف غير قابل . فالوقف مستمر الدوام .

ومنها : إذا التقط العبد شيئاً ، فإنه يصح فى الجملة . نص عليه فى رواية حنبل . وعليه الأصحاب ، ولا يفتقر إلى إذن السيد فى الالتقاط على المذهب وعن أبى بكر خلافه . ذكره السامرى . أخذاً من قوله فى التنبيه « إذا التقط العبد فضاعت منه ، أو أتلفها : ضمنها » قال : فسوّى بين الإتلاف والضياع ، ولم يفرق بين الحول وبعده . فدل على عدم الصحة بدون إذن .

قال الحارثى : وفى استنباط السامرى نظر . ومتى انقضى التعريف الواجب . كيف كان ملك السيد ؟ على المذهب . لوجود التسبب .

و إن عرّف العبد . فهل يملك بتعريفه ؟ قال جمهور الأصحاب : يخرج على الروايتين فى ملكه بالتمليك . وفى التلخيص : الروايتان فيما ملكه السيد . وهنا لم يملكه . فلا ملك بحال . وجزم فى الهداية ، والمغنى ، والكافى : بأنها ملك السيد من غير تعرض إلى البناء على الملك وعدمه .

وظاهر كلام ابن أبى موسى : أنه يملك اللقطة ، و إن لم يملك بتمليك سيده ، لأنه تمليك شرعى . ثبت قهراً . فثبت له حكماً . وفارق الميراث ، لأن العبد ليس من أهله .

تنبيه : إذا أتلف العبد اللقطة ، أو فرط فيها . لذلك صورتان .

إحداهما : أن يوجد ذلك قبل الحول ، ولا إشكال فى تعلق الضمان برقبته . ونص عليه إمامنا رضى الله عنه فى رواية حنبل لوجود الجناية على مال الغير .

والثانية : أن يوجد ذلك بعد الحول . فمشهور المذهب : الوجوب فى ذمة العبد

يُتبع به بعد العتق . لانتفاء العدوان . و به علل أحمد ـ رحمه الله تعالى ـ فى نصه من رواية حنبل . وهذا مبنى على القول بملك السيد لها . قاله أبو البركات وأبو الفرج بن أبى عمر . قالا : و إن قلنا لا يملكها . فنى رقبته .

قال الحارثى : وهذا إنما يتجه على تقدير أن السيد لم يتملك ، لكونه لم يتملك استناداً ، على توقف الملك على التمليك . فتكون الجناية واقعة على مال المالك لاستمرار ملكه ، لكن فيه بعد . حيث لم نقل بمثله فى مقابله . وهو ملك العبد .

قال ابن أبى عمر أيضاً : و يصلح أن ينبنى على استدانة العبد : هل تتعلق برقبته أو ذمته ؟ على روايتين .

قال أبو بكر : فى ضمانه بالإتلاف قولان . أى روايتان . إحداهما : أنه على السيد . كالجناية على الأنفس .

والأخرى : على العبد ، يتبع به بعد العتق . قال السامرى : لم يفرق قبل الحول و بعده .

وقال ابن عقيل : لا يتجه الفرق فى التعليق بالرقبة بين ما قبل الحلول و بعده لأن الضمان إنما وجب لإتلاف مال الغير . وفيما بعده عند الظهور : تبين أنه أتلف مال الغير . فهو كما قبله .

وهذا ضعيف جداً . فإنها باقية قبل الحول على ملك المالك ، وفيما بعده تعلق بها حق الغير . فامتنع التساوى فى الضمان .

وعلل صاحب التلخيص وجوب الضمان فى ذمة العبد بعد الحول بأنها بعد الحول للسيد ، والعبد مضمونة فى الذمة . وهذا تصريح بثبوت الحكم على كلا التقديرين من ملك السيد وملك العبد .

وليس كذلك . فإن الإتلاف إذا حصل فى ملك السيد فلا ضمان على العبد . والذى تقتضيه أصول المذهب : انتفاء الضمان عن العبد . وثبوته على السيد ، لكونها ملكا له .

أما إنها ملكه : فلما تقدم من أن تعريف العبد موجب له .

وأما انتفاء الضمان : فلأن عدوانه إنما وقع فى ملك السيد ، ولا شىء للسيد على عبده .

وأما ثبوته على السيد : فلأن التلف حصل على ملكه وتحت يده . فلزمه البدل . كمباشرة تلفه . و بيان كونه تحت يده من أن يد العبد الملتقط كيد سيده .

وقد يقال : إذا أتلفها العبد بعد حول التعريف . وثبت ملك السيد لها : أنه يثبت غرماً للسيد فى ذمة عبده ، يرجع عليه به بعد العتق . أخذاً من نص الإمام أحمد ـ رضى الله عنه ـ إذا زوج عبده أمة . فإنه يجب عليه مهرها ، يرجع به عليه سيده بعد العتق .

و إذا تعلق الضمان برقبة العبد . فهل على الواحد بينة بالتقاط العبد ، مالم يصدقه السيد ؟ فى المسألة وجهان . ذكرهما ابن أبى موسى وغيره . قال أوجههما : يلزمه ، لأن إقرار العبد لاينفذ فيما يتعلق برقبته .

والثانى : لا . لأن الوصف كالبينة هنا . والله أعلم .

ومنهـــــا : الوصية لعبد غيره صحيحة . ذكره القاضى ، وأبو الخطاب وغيرهما . ونص عليه أحمد فى الهبة من رواية حنبل . والوصية فى معناها .

ثم قال الأصحاب أيضاً : الوصية للسيد . ونص عليه أحمد فى الهبة . وسواء استمر فى رق الموجود ، أو انتقل إلى آخر .

قال الحارثى : و يتخرج أنها للعبد من نص أحمد فيمن أوصى لعبده بمائة : تدفع المائة إليه . فإن باعه الورثة بعد فهى لهم ، إلا أن يشترط المبتاع . فأثبت للعبد ملكا

قال : إلا أن يكون مبنياً على أنه إنما يملك بتمليك السيد فقط . فلا يخرج .

و بالجملة : فاختصاص العبد أظهر . ولهذا يكون له إذا عتق بالاتفاق .

وأيضاً . فلو كانت للسيد لاختصت بالموجود حين الوصية إذ كان معلوماً

للموصى . ولما كانت لسيد آخر . لأنه ليس معلوما للموصى ، ولا مراداً له . فتعين كونها للعبد .

وأيضاً : فإنه لايقبل إلا للعبد ، ولو قبل السيد لنفسه لم يصح . جزم به فى الترغيب . ولا يفتقر قبول العبد إلى إذن السيد فيه على الصحيح . وهو المنصوص من رواية حنبل فى الهبة .

ولنا وجه بافتقار القبول إلى إذن السيد . اختاره أبو الخطاب فى الانتصار .

ومنهـــا : الميراث : لايورث العبد . نص عليه إمامنا رضى الله عنه وعليه الأصحاب ، ولو كان له مال ، وقلنا : يملكه . ذكره الأصحاب أيضاً . ولو عند عدم وارث على المذهب . وذكر فى المذهب ، وأبو البقاء فى الناهض . رواية : يرث عند العدم .

ومنهـــا : هل يكون العبد وليا فى النكاح على موليته أم لا ؟ المذهب المنصوص ، فى رواية ابنيه ــ عبد الله ، وصالح ــ و إسحاق بن هانىء : أنه لايكون وليا . وذكر صاحب الروضة رواية : أنه يكون وليا . وهى الأظهر .

وفى الانتصار فى شهادة العبد ــ لما أورد عليه أن الشهادة ولاية ــ فليس العبد من أهلها . كالقضاء وولايته على ابنته .

أجاب : بأن القضاء وولايته على ابنته لايعرف فيه رواية . فيحتمل أن يصح قضاؤه وولايته على ابنته ثم سلم وفرق ، وأجاز قضاءه وولايته على ابنته بإذن سيده فى جواب آخر .

ومنهـــا : هل للعبـد أن يتزوج أكثر من اثنتين أم لا ؟ المذهب المنصوص فى رواية الجماعة ــ منهم صالح ، وابن منصور ، و يعقوب بن بختان : أنه لايجوز ، لما روى البيهقى بسنده عن الحاكم أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم « أجمعوا على أن المملوك لايجمع من النساء أكثر من اثنتين » ولم يتناوله عموم قوله تعالى (٤ : ٣ فانكحوا ماطاب لكم) لوجهين :

أحدهما : أنه أضاف النكاح إلى المخاطبين من غير توقف على إذن أحد . والعبد لاينكح إلا بإذن سيده .

الثانى : أنه تعالى قال (٤ : ٣ فإن خفتم ألاّ تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم) والعبد لايملك . والله أعلم .

ومنها : تسرى العبد . هل يجوز أم لا ؟ وفيه طريقان .

أحدهما : بناؤه على الخلاف فى ملكه . فإن قلنا : يملك . جاز تسريه . وإلا فلا . لأن الوطء بغير نكاح ولا ملك يمين محرم بالكتاب والسنة . وهى طريقة القاضى والأصحاب بعده .

والطريق الثانى : أنه يجوز تسريه على كلا الروايتين فى الملك وعدمه . وهى طريقة الخرقى ، وأبى بكر ، وابن أبى موسى . ورجحها صاحب المغنى ، وشيخنا أبو الفرج . فإن نصوص أحمد لا تختلف فى إباحة التسرى له . فتارة علل بأنه يملك . وتارة اعترف بأنه خلاف القياس . وأنه جاز ، لإجماع الصحابة عليه . وهذا يقتضى أنه أجاز له التسرى — و إن قيل : إنه لايملك — اتباعاً للصحابة فى ذلك .

ووجهه : أن العبد — و إن قيل : إنه لايملك — فلا بد من أن يثبت له ملك مايحتاج إلى الانتفاع به . وكذلك يملك بعقد النكاح منفعة البضع .

ولا يجوز تسريه بدون إذن . نص عليه فى رواية جماعة . كنكاحه . ولأنه لايملك التصرف فى ماله بما يتلف ماليته ، ويَضُرُّ به لتعلق حق السيد . والتسرى فيه إضرار بالجارية ، وتنقيص لماليتها بالوطء والحمل . وربما أدى إلى تلفها .

ونقل عنه أبو طالب ، و إبراهيم بن هانىء : يتسرى العبد فى ماله . كان ابن عمر رضى الله عنهما يتسرى عبيده فى ماله . فلا يعيب عليهم .

قال القاضى — فيما علقه على حواشى الجامع للخلال — : ظاهر هذا — يعنى رواية أبى طالب ، وابن هانىء — أنه يجوز تسريه بدون إذن ، لأنه مالك له . انتهى .

قال شيخنا أبو الفرج : و يمكن أن يحمل نصه باشتراط الإذن على التسرى

من مال سيده إذا كان مأذوناً له . ونصه بعدم اشتراطه : على تسريه من مال نفسه الذى يملكه . وقد أومأ أحمد إلى هذا فى رواية جماعة . وهو الأظهر .

ولكن نقل عنه الأثرم ـ فى الرجل يهب لعبده جارية ـ لايطؤها . ولكن يتسرى فى ماله إذا أذن له سيده . وفسر ماله بمال العبد الذى فى يديه .

وهذا نص باعتبار الإذن فى التسرى من مال نفسه . فيكون ذلك منه اشتراطا للإذن بكل حال ، وتفريقه بين ذلك و بين الأمة التى يُملِّكه السيد : فيه إشكال .

تنبيه : الإمام أحمد ـ رضى الله عنه ـ متردد فى تسرى العبد لأمة سيده ونكاحه لها : هل هما جنس واحد أم لا ؟ فقال فى رواية حنبل : لايبتاع أمة مزوجة بعبده ، حتى يطلقها العبد . فجعله ملكاً لازماً . ونقل عنه الأكثرون : جوازه .

واختلف عنه فى بيع سُرية عبده . فنقل عنه الميمونى : الجواز . ونقل عنه جعفر ابن محمد : المنع . معللا بأن التسرى بمنزلة النكاح . يريد : أنه لازم . لايجوز الرجوع فيه . وكذا نقل عنه ابن ماهان وغيره .

واختلف عنه فى جواز تسرى العبد بأكثر من اثنتين . فنقل عنه الميمونى الجواز . ونقل أبو الحرث : المنع كالنكاح . ولم يختلف عنه فى أن العبد وسريته يوجب تحريمها عليه .

واختلف عنه فى عتق العبد وزوجته . هل ينفسخ به النكاح ؟ على روايتين ، بناء على جهة تغليب التمليك فيه ، أو جهة النكاح .

وقد استشكل أكثر هذا النصوص من القاضى ، وربما تأولها . ونزلها أبو العباس رضى الله عنه على ماذكرنا .

ومنهـا : إذا خالعت الأمة بإذن سيدها : صح . وحكم العوض حكم استدانتها بإذن السيد . وإن كان بغير إذنه على شىء غير معلوم فى ذمتها . فالذى جزم به فى المغنى ، والمستوعب ، والترغيب ، وغيرهم : صحته . وتتبع به بعد العتق .

وهو مشكل . إذ المذهب : لا يصح تصرف العبد فى ذمته بغير إذن سيده . ولهذا قدم صاحب المحرر عدم الصحة .

وأما إذا خالع العبد : فإنه لا يصح بإذن و بغير إذن . لأنه يملك أن يطلق مجانا . فملك بعوض بطريق الأولى ، ولـكن تعليقه بالعبد أو السيد فى المسألة قولان . المنصوص عن أحمد : أن العبد يقضبه .

ومنهـــا : تزوجه . ولذلك صورتان .

إحداهما : أن يكون بغير إذن سيده . وذلك باطل . نقله الجماعة . ولو أذن سيده بعد ذلك . لما روى أبو داود ، وأحمد ، والترمذى ـ وحسنه ـ عن جابر . قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما عبد تزوج بغير إذن سيده . فهو عاهر » . ولـكن هو من رواية عبد الله بن محمد بن عقيل . ورواه ابن ماجه من روايته من حديث ابن عمر . وحديثه حسن . كان أحمد و إسحاق والحميـدى : يحتجون بحديثه . وقال البخارى : مقارب الحديث . ونقل حنبل عن أحمد : أن هـذا الحديث منكر .

وعن أحمد رواية أخرى : أنه إن أجازه السيد جاز ، و إلا فهو باطل ، بناء على تصرف الفضولى .

فعلى هـذه الرواية : لو أعتقه السيد عقب النكاح من غير إجازة . قال أبو الخطاب فى انتصاره : يصح نكاحه . و ينفذ . بخلاف مالو اشترى شيئاً بغير إذن السيد ، ثم أعتقه عقب الشراء : لم ينفذ شراؤه . وما قاله فيه نظر .

فإذا وطىء فى هذا النكاح . فإنه يتعلق برقبته ـ وقيل : بذمته ـ مهر المثل .

وعن أحمد رواية أخرى : يتعلق بالمسمى . وقيل : يجب خمسا مهر المثل .

وعن أحمد رواية أخرى : يجب الخمسان من المسمى . واحتج أحمد رضى الله عنه لرواية خمسى المسمى ، بقول عثمان رضى الله عنه . واختارها الخرقى ، والقاضى

وأصحابه . وظاهر كلام طائفة من الأصحاب : إنما صار أحمد إلى قول عثمان فى هذه المسألة توقيفاً .

ووجهها أبو العباس : بأن المهر فى نكاح العبد يجب بخمسة أشياء : عقد النكاح ، وعقد الصداق ، و إذن السيد فى النكاح ، و إذنه فى الصداق والدخول . فإذا نكح بلا إذنه : فالنكاح باطل . فلم يوجد إلا التسمية من العبد والدخول منه . فيجب الخمسان . ونقل المروذى : يعطى شيئاً . قلت : تذهب إلى قول عثمان ؟ قال : أذهب إلى أن يعطى شيئاً . قال أبو بكر : هو القياس .

وعن أحمد ـ رحمه الله ـ رواية . ذكرها فى المحرر : لامهر لها إن علما التحريم . ولعلها مأخوذة مما نقله حنبل : لامهر . لأنه بمنزلة العاهر . ويروى ذلك عن ابن عمر رضى الله عنهما .

وظاهر كلام جماعة : أو علمته هى ، والإخلال بهذه الزيادة سهو . وأولت هذه الرواية بتأويلات فيها نظر . والله أعلم .

الصورة الثانية : أن يتزوج بإذن سيده . فإنه يصح بلا خلاف . ويتعلق المهر بذمة السيد فى إحدى الروايات عن أحمد . والثانية : برقبة العبد . والثالثة : بهما . والرابعة : بذمتهما ـ ذمة العبد أصالة . وذمة السيد ضمانا ـ والخامسة : يتعلق بكسبه .

فإن قلت : الكسب يملكه السيد . فإذا تعلق بكسبه على الرواية الخامسة . فهى الرواية الأولى . وهي كونه يتعلق بذمة السيد .

قلت : لا نسلم اتحاد الروايتين ، بل فائدة الخلاف فيهما : أنا إن قلنا : يتعلق بذمة السيد . فإنه يجب عليه ، و إن لم يكن للعبد كسبٌ . وليس للمرأة الفسخ لعدم فسخ كسب العبد . وللسيد استخدامه ومنعه من التكسب .

و إن قلنا : يتعلق بكسبه . فللمرأة الفسخ إذا لم يكن له كسب ، وليس لسيده

منعه من التكسب . أشار إلى ذلك : أبو محمد المقدسى وغيره . والنفقة مثل المهر . ذكره الأصحاب .

تنبيه : إذا قلنا : يتعلق المهر بذمة السيد ضمانا . فقضاه عن عبده . فهل يرجع عليه إذا عتق ؟ قال أبوالعباس : ينبغى أن يتخرج هذا على الخلاف فى مهر زوجته إذا كانت أمة للسيد . فحيث رجع هناك ، فكذا هنا ، وحيث لا رجوع هناك . فكذا هنا . والله أعلم .

ومنهـــا : طلاقه . لا يختلف المذهب : أن العبد الذى تحته أمة لا يملك عليها سوى طلقتين .

ومنهـــا : فى القسم بين الزوجات . يقسم لزوجته الأمة ليلة ، وللحرة ليلتين . و يبيت عند الحرة ليلة من أربع ، وعند الأمة ليلة من سبع عند الأصحاب . لأن أكثر ما يمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر . ولها السابعة . وعند أبى محمد المقدسى ــ وجزم به فى التبصرة ــ : من كل ثمان . تكون على النصف .

ومنهـــا : إذا صح الإيلاء . فإنه يضرب للزوج أربعة أشهر من حين اليمين ، ولا فرق ــ على المذهب ــ بين الحر والعبد .

وعن أحمد رواية : أن العبد على النصف من الحر . نقل أبو طالب : أن أحمد رجع إلى هذه الرواية ، وأنها قول التابعين ، إلا الزهرى وحده .

ومنهـــا : هل للعبد حضانة أم لا ؟ المذهب : لا حضانة له . وفى الفنون : لم يتعرضوا لأم الولد . ولها حضانة ولدها من سيدها . وعليه نفقتها ، لعدم المانع . وهو الاشتغال بزوج وعبد .

وقال أبو عبد الله ابن القيم فى كتابه « الهدى » لا دليل على اشتراط الحرية . وأن الصحيح : منع التفريق ، للأحاديث . قال : وتقدم لحق حضانتها وقت حاجة الولد على حق السيد ، كما فى البيع سواء . والله أعلم .

ومنهـــا : الأمة فى العدة على النصف من الحرة فى الأشهر والحيض لـكن يكمل لها نصف حيضة . فتكمل بحيضتين .

ومنهـــا : إذا قتل عبد حراً يكافِئُه فى الدين . وجب عليه القصاص أخذاً بعموم قوله تعالى (٥ : ٤٥ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) ولو قتل حر عبداً . فإنه لا يقتل به .

قال أبو العباس : ليس فى العبد نصوص صحيحة صريحة تمنع قتل الحرّ به . بل من أجود ما روى « من قتل عبده قتلناه » وهذا لأنه إذا قتله ظالما كان الإمام ولى دمه .

وأيضاً : فقد ثبت بالسنة والآثار « إذا مَثَّل بعبده : عتق عليه » وهو مذهب أحمد وغيره . وقتله أعظم أنواع المثلة . فلا يموت إلا حراً ، لـكن حريته لم تثبت فى حال الحياة حتى ترثه عصبته ، بل حريته تثبت حكماً . وهو إذا عتق كان ولاؤه للمسلمين . فيكون الإمام هو وليه . فله قتل قاتل عبده .

وقد يحتج بهذا من يقول : إن قاتل عبد غيره لسيده قتله .

و إذا دل الحديث على هذا . كان هذا القول : هو المرجح . وهذا قوى على قول أحمد . فإنه تجوز شهادة العبد ، كالحر . بخلاف الذمى . فلماذا لا يقتل الحر بالعبد . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « المؤمنون تتكافأ دماؤهم » ؟ ومن قال: لا يقتل حر بعبد يقول : إنه لا يقتل الذمى الحر بالعبد المسلم . والله تبارك وتعالى يقول (٢ : ٢٢١ ولَعَبْدٌ مؤمن خير من مشرك) فالعبد المؤمن خير من الذمى المشرك فـكيف لا يقتل به ؟

ومنهـــا : هل يجرى القصاص بين العبيد أم لا ؟ المذهب : أنه يجرى بينهم ، و يقتل العبد بالعبد . اختلفت قيمتهما أو تساوت . هذا المذهب .

وعن أحمد رواية أخرى : إن زادت قيمة القاتل على قيمة المقتول : لا يقتل به ، وسواء كان السيد واحداً أم لا . وهذا المذهب .

وذكر فى المذهب وجهاً آخر : أنه إن كان السيد واحداً فلا قود .

وإذا قلنا : يجرى القصاص بينهما فى النفس . فهل يجرى فى الأطراف ؟ فى المسألة روايتان . المذهب : أنه يجرى .

ومنهـــــا : إذا وجب لعبد قود ، أو تعزير ، أو قَذْفٍ . فله طلبه وإسقاطه فإن مات فلسيده . وقال ابن عقيل فى حد القذف : إنه ليس للسيد المطالبة به ، ولا العفو عنه . لأن السيد إنما يملك ما كان مالا ، أو طلبه بدل مال . فلا يملك المطالبة بالقَسْم ، وخيار العيب ، وخيار العنة .

وقال ابن عبد القوى إذا قلنا : الواجب أحد شيئين : القصاص ، أو الدية . يحتمل أن للسيد المطالبة بالدية . فيه إسقاط حق العبد مما جعله الشارع مخيراً فيه . فيكون منفياً .

قلت : ويتخرج لنا فى عفو العبد مطلقاً فى جناية العمد وجهان . من مسألة المفلس . وهنا أولى بعدم السقوط ، إذ ذوات العبد ملك للسيد بخلاف المفلس . والله أعلم .

ومنهـــــا : الحدود . فإنه على النصف من حد الحر ، فى الزنا ، وشرب الخمر ، والقذف ، ولايُغرَّب فى حد الزنا . جزم به الأصحاب . وأبدى بعض المتأخرين احتمالا بنفيه ، لأن عمر رضى الله عنه نفاه . رواه البخارى . وأوله ابن الجوزى على إبعاده . ويقطع بالسرقة ، لكن لايقطع بالسرقة من مال سيده . نص عليه إمامنا . وعليه الأصحاب . ويقطع بالسرقة من بيت المال . وإن كان مسلماً . وعزاه فى المحرر إلى نص أحمد .

وقال ابن عقيل فى الفنون : عبد مسلم سرق من بيت المال. ينبغى أن لايجب عليه القطع . لأن عبد المسلم له شبهة . وهو أن سيده لو افتقر عن نفقته ، ولم يكن للعبد كسب فى نفسه : كانت نفقته فى بيت المال .

ووجه ابن عقيل الأول بأنه لايملك شيئاً ، ولا يستحق بنفسه شيئاً .

قلت : وفرض صاحب المحرر المسألة فى العبد المسلم . والتعليل يقتضى أن لافرق بين المسلم والكافر . والله أعلم .

وجعل فى المحرر سرقة عبد الوالد والولد ونحوهما : مثل سرقة العبد من بيت المال فى وجوب القطع . وكلام غيره يخالفه . والله أعلم .

ومنهــا : هل ينفى العبد فى المحاربة أم لا ؟ قال القاضى فى التعليق ـ فى مسألة نفى العبد فى الزنا ـ : فما تقولون فى نفيه فى المحاربة ؟ قيل : لا نعرف الرواية عن أصحابنا فى ذلك . و إن سلمناه ، فالقصد من ذلك : كفه عن الفساد . وهذا يشترك فيه العبد والحر . والله أعلم .

ومنهــا : هل يجب الحد على قاذفه أم لا ؟ المذهب : أنه لايجب ، ولكن يعزر .

وقال ابن عقيل فى عمد الأدلة : عندى يحد بقذف العبد ، وأنه أشبه بالمذهب لعدالته . فهو أحسن حالا من الفاسق بغير الزنا .

ومنهــا : إذا حلف يميناً . فإنه ينعقد بلا ريب . و إن كانت اليمين مكفرة . فكفارته : بالصوم . لأن ذلك فرض الحر المعسر ، وهو أحسن حالا من العبد . و إن أذن له سيده فى التكفير بالمال لايلزمه .

وقد قدمنا لزوم التكفير بالمال الذى فى ملكه فى مسألة الحج . وأن كلام صاحب المغنى محمول على اختلاف حالين . و إذا انتفى اللزوم ، فهل يجزئه التكفير بالمال أم لا ؟ فى المسألة طرق للأصحاب .

أحدها : لايجزئه التكفير بغير الصيام بحال ، سواء قلنا : يملك أم لا . وهى ظاهر كلام أبى الخطاب فى كتاب الظهار ، وصاحب التلخيص وغيرهما . لأن العبد ـ و إن قلنا : يملك ـ فملكه ضعيف لايحتمل المواساة . فلا يكون مخاطباً بالتكفير بالمال بالكلية ، بخلاف الحر العاجز . فإنه قابل للتمليك التام .

الطريق الثانى : البناء على الملك وعدمه . فإن قلنا : يملك . فله التكفير بالمال فى الجملة ، و إلا فلا . وهى طريقة القاضى ، وابن عقيل ، وأبى الخطاب ، وأكثر المتأخرين .

الطريق الثالث : أن فى تكفيره بالمال بإذن السيد روايتين مطلقتين ، سواء قلنا : يملك ، أو لا يملك . حكاها القاضى فى المجرد عن شيخه ابن حامد وغيره من الأصحاب وهى طريقة أبى بكر . فوجه عدم تكفيره بالمال مع القول بالملك : أن ملكه ضعيف لا يحتمل المواساة . ولذلك لم تجب فيه الزكاة ، ولا نفقة الأقارب . فكذلك الكفارات .

ولوجه تكفيره بالمال مع القول بانتفاء ملكه مأخذان .

أحدهما : أن تكفيره بالمال ، إنما هو تبرع له من السيد ، و إباحة له أن يكفر من ماله . والتكفير عن الغير لا يشترط دخوله فى ملك المكفر عنه . كما نقول فى رواية فى كفارة المجامع فى نهار رمضان إذا عجز عنها — و إن قلنا : لا تسقط — فكفر غيره عنه بإذنه ، جاز أن يدفعها إليه . وكذلك فى سائر الكفارات على الروايتين ولو كانت قد دخلت فى ملكه : لم يجز أن يأخذها هو . لأنه لا يكون حينئذ إخراجاً للكفارة .

والمأخذ الثانى : أن العبد ثبت له الملك المطلق التام . فيجوز أن يثبت له فى المال المكفر به ملك ، يبيح له التكفير بالمال ، دون بيعه وهبته . كما أثبتنا له فى الأمة ملكاً قاصراً يبيح له التسرى بها دون بيعها وهبتها . وهذا اختيار أبى العباس

و إذا قلنا : له التكفير بالمال . فهل يكفر بالعتق ؟ على روايتين .

إحداهما : له ذلك . كالإطعام والولاية ، والإرث . والعبد ليس من أهلها . وفرق ابن أبى موسى بينهما أيضاً : بأن التكفير بالعتق يحتاج إلى ملك ، بخلاف الإطعام . ولهذا لو أمر من عليه كفارة رجلا أن يطعم عنه : أجزأه . ولو أمر أن يعتق عنه ، ففى إجزائه عنه : روايتان . ولو تبرع الوارث بالاطعام الواجب عن

موروثه : صح . ولو تبرع عنه بالعتق : لم يجزئه . ولو أعتق الأجنبى عن كفارة الميت : لم يصح . ولو أطعم عنه . فوجهان .

و إذا قلنا : يجوز تكفيره بالعتق . فأذن له سيده فى إعتاق رقبة عن كفارته هل يجوز أم لا ؟ حكى أبو محمد المقدسى فى ذلك وجهين .

ومنها : هل يصح توليته القضاء أم لا ؟ المشهور فى المذهب : أنه لا يصح توليته القضاء . وقد تقدم قول أبى الخطاب فى الانتصار فى كونه ولياً فى النكاح ، وأنه قال : يحتمل أن يصح قضاؤه ، ثم سلم أنه لا يصح قضاؤه . وأجازه بإذن سيده فى جواب آخر .

وحكى عن ابن عقيل : صحة توليته القضاء . والله أعلم.

وتصح ولايته إمارة السرايا ، وقسم الصدقات ، والفيء ، و إمامة الصلاة . ذكره القاضى محل وفاق .

ومنها : لو أقر شخص لعبد غيره بمال : صح وكان لمالكه .

قال أبو العباس : إذا قلنا : يصح قبوله الهبة والوصية بدون إذن السيد لم يفتقر الإقرار إلى تصديق السيد .

قال : وقد يقال : بل و إن لم نقل بذلك ، لجواز أن يكون قد تملك مباحاً . فأقر بعينه ، أو أتلفه وضمن قيمته .

و إن أقر لعبد غيره بنكاح أو قصاص ، أو تعزير قذف : صح الإقرار ، و إن كذبه المولى . قال أبو محمد : لأن الحق للعبد ، دون المولى .

قال أبو العباس : وهذا فى النكاح فيه نظر . فإن النكاح لا يصح بدون إذن سيده . وفى ثبوت النكاح للعبد على السيد ضرر . فلا يقبل إلا بتصديقه .

وأما إذا أقر السيد لعبده بمال . فقال أبو العباس : ينبنى على أن العبد هل يثبت له دين على سيده أم لا ؟ .

قلت : المشهور لا يثبت .

و إن أقر السيد : أنه باع عبده من نفسه بألف ، وأنـكر العبد عتق عليه . ولم يلزمه شيء .

ومنها : شهادته . والمذهب المنصوص : أنها لاتقبل شهادته فى الجملة وفاء للقاعدة . وهو الحق ، وهو الذى نصره أصحاب الـكتب الخلافية من أصحابنا.

وذ كر الخلال فى مسألة : أن الحر لا يقتل بالعبد ـ وأن أبا طالب نقل أن العبد لا تقبل شهادته ـ و إذا قبلنا شهادته . فمحل هذا : إذا شهد لغير سيده . أما إذا شهد لسيده فلا تقبل . هكذا المذهب عند الأصحاب . وفى المنع نظر .

و بالغ ابن عقيل حتى قال : لاتقبل شهادته لمـكاتب سيده . قال : ويحمل على قياس ماذ كرناه : أنه لا تصح شهادته لزوج مولاته .

و إذا قبلنا شهادته . فاستثنى الخرقى ، وأبو الفرج ، وصاحب الروضة ، من ذلك : الحدود خاصة . وذ كر جماعة ـ منهم : الشريف ، وأبو الخطاب ، وصاحب المحرر ، والمستوعب ، وغيرهم ـ روايتين فى الحدود والقصاص .

إحداهما : لا تقبل . قال فى المغنى : وهى ظاهر المذهب .

قلت : والأظهر : القبول مطلقاً . والله أعلم .

و إذا تحمل الشهـادة ، هل يؤديها بغير إذن سيده ؟ وظاهر رواية الميمونى أنه لا ؟ قال القاضى أبو يعلى : متى تحمل العبد الشهادة ، ثم سأله صاحب الحق إقامتها ، فإنه يؤديها بغير إذن سيده . نص عليه أحمد فى رواية المروذى ، وسأله : هل يجوز للمولى أن يمنع عبده من الشهادة ؟ قال : من أجاز شهادته لم يجز للمولى منعه أن يقيم الشهادة .

قال أبو العباس : لم يقل أحمد : إنه يؤديها بلا إذنه ، ولـكن قال : يجب عليه أن يأذن ، فقد يكون الأداء موقوفاً على الإذن .

قلت : والأظهر إن أذن له فى التحمل لا يحتاج فى الأداء إلى إذن . والله أعلم .

فائدة

لو أعتق بمجلس الحكم : فشهد فى الحال : حرم رده . ذكره أصحاب الخلافيات محل وفاق . قال فى الانتصار ، والمفردات : فلو رده مع ثبوت عدالته فسق . والله أعلم .

ومنهـــا : إقراره : هل صحيح أم لا ؟ ولذلك صورتان .

إحداهما : إقراره لسيده ، المذهب المعروف : أنه لايصح .

وقال أبو العباس : ينبنى على ثبوت مال السيد فى ذمة العبد ابتداء ، أو دواماً .

وفيها ثلاثة أوجه فى الصداق .

الصورة الثانية : إقراره لغير سيده ، ولذلك صور .

منهـــا : إذا أقر بمال . فإن كان مأذوناً له . صح إقراره فى قدر ماأذن له فيه ، و إن كان غير مأذون له : صح ، وأتبع به بعد العتق فى أصح الروايتين . والأخرى : يتعلق برقبته . ذكرها القاضى .

قال صاحب التلخيص : ولا وجه لها عندى إلا أن يكون فيما لا تهمة فيه . كالمال الذى أقر بسرقته . فإنه يقبل فى القطع ، ولا يقبل فى المال . لكن يتبع به بعد العتق . ويخرج فيه — إن حملنا الرواية عليه — : أنه يتعلق برقبته ، لكونه من لوازم مالايتهم فيه من العقوبة .

ومنهـــا : إذا أقر بجناية توجب مالا من غير عقوبة . فلا يقبل قطعاً . قاله صاحب التلخيص .

قلت : وهذا مبنى على تأويل الرواية التى ذكرها القاضى . و إلا إذا قلنا بإثباتها : فلا فرق بين إقراره بالجناية الموجبة للمال و بين إقراره بالمال . وهذا ظاهر كلام جماعة . والله أعلم .

ومنهـــا : إذا أقر بالعقوبات ، فإنه يصح . إذ الرق لا يمنع من ذلك لأنه مكلف قادر على التزامها . ولانظر إلى إبطال حق السيد . لأنه غير متهم فيه .

ولا فرق بين مايوجب القصاص فى النفس ، أو مادونها . على ماااختاره أبو الخطاب ، وأبو الوفاء بن عقيل فى تصحيحه فى الجميع . وعلى مااختاره القاضى أبو يعلى ، وابن أبى حازم فى إبطاله فى الجميع .

والمنصوص فيما يوجبه فى النفس : لايقتل فى الحال ، ويتبع به بعد العتق . ودون النفس يقتل . وهو اختيار القاضى الـكبير وجماعة .

قال صاحب التلخيص : وقد تكلف بعضهم فرقا لاحاصل له . من حيث إن القتل أعظم . فإنه يوجب الـكفارة ، ويشرع فيه القسامة .

قال : والصحيح عندى أن لافرق . فيخرج من نصه بالنقل والتخريج فى إقراره بالعقوبات روايتان .

إحداهما : يقبل لانتفاء التهمة .

والأخرى : لايقبل ، لأنه إقرار على مال السيد . كالإقرار بالديون . والله أعلم .

فوائد أصولية

منهـــا : دلالة العـام على أفراده . هل هى بطريق الظهور ؟ فى ذلك مذهبان .

أحدهما : أنها بطريق التنصيص . وهو الذى ذكره الفخر إسماعيل من أصحابنا وكلام ابن عقيل فى الواضح يدل عليه . فإنه ذكر : إذا تعارضت ولاية العام والخاص فى شىء واحد : أنهما يتساويان . وحكاه الأنبـارى شارح البرهان عن الشافعى والمعتزلة . وممن نقله عنه الأصفهانى شـارح المحصول . وهو محكى عن الحنفية . ويحكى رواية عن أحمد .

والثانى : أنه بطريق الظهور ، وهو المشهور عند أصحابنـا وغيرهم . وقد ذكره القاضى وأصحابه . واستدلوا لذلك بأن التخصيص بالتراخى لايكون نسخا ، ولو كان العام نصاً على أفراده ، لـكان نسخاً .

وظاهر كلام الأكثر من أصحابنا : لافرق فى صيغ العموم بين صيغة وصيغة ، وأن الخلاف جار فى الجميع .

وقد تقدم كلام صاحب الترغيب فى التأكيد من الأوامر ، وأن لفظة « كل » دلالتها على الأفراد نص صريح .

وذكر غير واحد من العلماء أن اسم « لا » إذا كان مبنياً على الفتح كان نصا، بخلاف المرفوع . فإنه ظاهر .

وذكر فى المسودة : أن النكرة فى سياق النفى تفيد العموم ظاهراً إذا لم يكن فيها حرف « من » فإن كان فيها حرف « من » أفادته قطعا . ولم يحتمل التأويل كقولك مارأيت من رجل وما أشبهه .

ومنهـــا : العام . هل يقصر على مقصوده أم لا ؟ الجمهور : أنه لايقصر . وقال القاضى عبد الوهاب وغيره من المالكية وغيرهم : يقصر . ومال إليه أبو البركات . فإنه قال : المتبادر إلى الفهم من لمس النساء : مايقصد منهن غالباً من الشهوة ، ثم لو عمت خصت به ، وخصه حفيده أيضاً بالمقصود ، لأنه قال فى آية المواريث : مقصودها بيان مقدار أنصبة المذكورين إذا كانوا ورثة . وقوله تعالى (٢ : ٢٧٥ وأحل الله البيع) قصده : الفرق بينه و بين الربا . وكذا قوله صلى الله عليه وسلم « فيما سقت السماء العشر » قصده : فيما يجب فيه العشر ونصفه . وكذا ذكره بعض أصحابنا . فلا يحتج بعموم ذلك .

ومنهـــا : قول الشافعى رضى الله عنه : حكاية الحال إذا تطرق إليها الاحتمال ، كساها ثوب الإجمال . وسقط منها الاستدلال . ونقل عنه أيضا : ترك الاستفصال فى حكاية الحال ، مع قيام الاحتمال ، ينزل منزلة العموم فى المقال ، ويحسن بها الاستدلال .

واختلفت أجوبة الفضلاء عن ذلك . فمنهم من يقول هذا مشكل . ومنهم من يقول : هما قولان للشافعى . وجمع القرافى فى كتبه بينهما . فقال : الاحتمالات تارة

تـكون فى كلام صاحب الشرع على السواء ، فتقدح . وتارة تـكون فى محل مداول اللفظ ، فلاتقدح . فحيث قال الشافعى رضى الله عنه « إن حكاية الحال إذا تطرق إليها الاحتمال سقط منها الاستدلال » مراده : إذا استوت الاحتمالات فى كلام صاحب الشرع ، ومراده : أن حكاية الحال إذا نزل فيها الاستفصال تنزل منزلة العموم فى المقال . إذا كانت الاحتمالات فى محل المدلول دون الدليل . والله أعلم .

ومنهـــا : الأمر بالمطلق . هل يكون أمراً بمفرداته ، و يكون عاماً ؟ فيه قولان .

أحدهما : العموم . وهو قول الأكثرين . قال القاضى ـ محتجا على جواز القضاء فى المسجد ـ دليلنا قوله تعالى (٥ : ٤٩ وأن احكم بينهم بما أنزل الله) ولم يفرق بين أن يحكم فى المسجد ، و بين أن يحكم فى غيره .

فإن قيل : هذا أمر بالحـكم . وليس فيه مايدل على المـكان .

قيل : هو أمر بالحـكم فى عموم الأمكنة والأزمنة . إلا ماخصه الدليل .

وقال فى التمهيد : المطلق مشتمل على جميع صفات الشىء وأحواله .

والقول الثانى : أن المفردات ليس مأموراً بها ، لـكن متى أتى بالمأمور أجزأه ، ولا يأتى به إلا مقروناً ببعض المفردات .

وأجاب به فى المغنى ـ لمن احتج بآية القصاص ، والسرقة ، والزنا فى الملتجىء إلى الحرم ـ : الأمر بذلك مطلق فى الأمكنة والأزمنة . يتناول مكان ضرورة إقامته . فيمكن فى غير الحرم . وهذا اختيار أبى العباس .

ومنهـــا : إذا ذكر العام ، وذكر بعده ـ أو قبله ـ اسمٌ لو لم يصرح به لدخل فى العام . فهل إفراده يقتضى عدم دخوله فى العام أم لا ؟ فى ذلك مذهبان للأصوليين . وقاعدة المذهب : تقتضى عدم الدخول .

وفى ذلك أيضاً : مذهبان للنحاة . وذهب أبو علي الفارسى ، وابن جنى : إلى عدم الدخول . وجزم ابن مالك بالدخول .

ومنهـــا : العام فى الأشخاص عام فى الأحوال . هذا هو المعروف عند العلماء . قال الإمام أحمد فى قوله تعالى (٤ : ١١ يوصيكم الله فى أولادكم) ظاهرها على العموم : أن من وقع عليه اسم « ولد » فله مافرض الله . وكان رســول الله صلى الله عليه وسلم هو المعبر عن الكتاب : إن الآية إنما قصدت المسلم لا الكافر . وفى المسألة قول آخر ، اختاره بعض أصحابنا : أنه يكون مطلقاً فى الأحوال .

وأجاب عن تسمية أحمد له عاماً فى الأشخاص : بأنه عموم بدل ، لاشمول . وقال أيضاً فى قوله تعـالى (٩ : ٣٦ وقاتلوا المشركين) عامة[1] . فيهم مطلقة فى أحوالهم ، لايدل عاماً بنفى ولا إثبات . فإذا جاءت السنة بحكم : لم يكن مخالفاً لظاهر القرآن ، بل لما يتعرض له .

وهذا القول : اختيار القرافى ، والأصفهانى فى شرحى المحصول ، وأبى العباس

ولأحمد ـ رضى الله عنه ـ نص آخر فى آية الوصية ، يدل على أن العام فى الأشخاص عام فى الأحوال .

قال ابن دقيق العيد ، فى شرح العمدة : أولع بعض أهل العصر ـ وما قرب منه ـ بأن قالوا : صيغة العموم إذا وردت على الذوات مثلا . أو على الأفعال : كانت عامة فى ذلك : مطلقة فى الزمان والمكان ، والأحوال ، والمتعلقات ، ثم يقال : المطلق يكفى فى العمل به صورة واحدة . فلا يكون حجة فيما عداها . وأكثروا من هذا السؤال فيما لايحصى كثرة من ألفاظ الكتاب والسنة . وصار ذلك ديدناً لهم فى الجدال .

قال : وهذا عندنا باطل . بل الواجب : أن مادل على العموم فى الذوات ـ مثلا ـ يكون دالا على ثبوت الحكم فى كل ذات تناولها اللفظ . ولا يخرج

---

(١) الآية (وقاتلوا المشركين كافة)

عنها ذات إلا بدليل يختصها . فمن أخرج شيئاً من تلك لذوات . فقد خالف مقتضى العموم .

مثال ذلك : إذا قال : من دخل داري فأعطه درهما . فمقتضى الصيغة : العموم فى كل ذات صدق عليها أنها الداخلة .

فإذا قال قائل : هو مطلق فى الأزمان . فأعملُ به فى الذوات الداخلة الدار فى أول النهار ، مثلا ، ولا أعمل به فى غير ذلك الوقت ، لأنه مطلق فى الزمان . وقد عملت به مرة . فلا يلزم أن أعمل به أخرى . لعدم عموم المطلق .

قلنا : لما دلت الصيغة على العموم فى كل ذات دخلت الدار . ومن جملتها : الداخلة فى آخر النهار . فإذا أخرجت تلك الذوات . فقد أخرجت مادلت الصيغة على دخوله . وقول أبى أيوب الأنصارى « فقدمنا الشام فوجدنا مراحيض بنيت نحو القبلة . فننحرف عنها ، ونستغفر الله عز وجل » يدل على أن العام فى الأشخاص عام فى المكان . والله أعلم .

ومنهـــا : قول الصاحب « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل كهذا » هل يفيد التكرار أم لا ؟ فيه قولان . ذكرهما القاضى أبو يعلي فى الكفاية

ومنهـــا : أن مفهوم المخالفة : هل هو عام فيما سوى المنطوق أم لا ؟ فى ذلك مذهبان .

أحدهما : أنه عام فيما سوى المنطوق يجوز تخصيصه بما يجوز به تخصيص العام ، ورفع كله تخصيص أيضاً . لإفادة اللفظ فى منطوقه ومفهومه . فهو كبعض العام . وهذا قول جمهور أصحابنا .

والقول الثانى : أنه لا يعم . واختاره أبو محمد المقدسى فى المغنى ، فى مسألة القلتين . وأنه يكفى المخالفة بصورة مّا .

وممن اختار أنه لا يعم أيضاً : أبو الوفاء ابن عقيل . وحكى ذلك أبو الخطاب فى التمهيد وجهاً ، وأبو العباس والغزالى ، وابن دقيق العيد .

وقال الآمدى ، ومن تبعه : إن الخلاف فى أن المفهوم له عموم لايتحقق . لأن مفهوم المخالفة عام فيما سوى المنطوق به : لايختلفون فيه . ومن نفى العموم ـ كالغزالى ـ أراد : أن العموم لم يثبت بالمنطوق . ولايختلفون فيه أيضاً .

وقال صاحب المحصول : إن عنى أنه لايسمى عاماً لفظياً . فقريب . و إن عنى أنه لايفيد انتفاء عموم الحكم : فدليل كون المفهوم حجة بنفيه .

القاعدة ٦٠ ـ ألفاظ الجموع المنكرة ـ كمسلمين ، ومشركين ـ لا تفيد العموم فى إحدى الروايتين عن الإمام أحمد . والأخرى : تحمل على العموم . ذكرها ابن عقيل ، والحلوانى . و به قال أكثر الشافعية .

ووقع للقاضى فى هـذه المسألة وهم . وهو : أنه لما ذكر المسألة ، قال : وقد أشار أحمد إلى أنها للعموم فى رواية صالح . وقد سأله عن لبس الحرير للصغار ؟ فقال : إنما هو للإناث . يروى عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الحرير والذهب . « هذان حرام على ذكور أمتى ، حِلٌّ لإناثها » قال القاضى : فقـد حمل قوله صلى الله عليه وسلم « ذكور أمتى » على العموم فى الصغار والكبار . و إن كان ليس فيه ألف ولام . انتهى .

وهـذا إن لم يكن معرفا بالألف واللام ، فهو معرف بالإضافة . ومسألة الخلاف فى المنكر . و إذا قلنا بعدم العموم . فيحمل على أقل الجمع . وأقل الجمع : ثلاثة حقيقة عند أحمد وأصحابه ، ومالك . وأكثر المتكلمين . وذكره ابن برهان قول الفقهاء قاطبة . وعند عبد الملك بن الماجشون ، وابن داود ، وعلى بن عيسى النحوى ، وابن الباقلانى ، وأبى إسحاق الاسفراينى ، والغزالى : اثنان حقيقة . وفى مذهب الحنفية : ما يدل عليه .

ومحل النزاع فى أبنية الجمع . نحو الزيدين ورجال . لا فى لفظ « جيم . ميم . عين » فإنه يطلق على الاثنين ، بلا خلاف . كما قاله الآمدى ، وابن الحاجب فى

المختصر الـكبير . لأن مدلوله : ضم شيء إلى شيء . ولا خلاف أيضاً في : نحن فعلنا ولا في باب (٦٦ : ٤ فقد صَغَتْ قلوبكما) .

وأما في لفظ « الجماعة » فقال في البلغة ، وابن الجوزي في كشف المشكل : إن أقلها اثنان . وقال غيرهما من الأصحاب : أن أقلها ثلاثة .

وينبغي أن يكون محل هذا القول في غير الصلاة . فإنه قد روى ابن ماجه عن أبي موسى الأشعري ، والدارقطني ، عن عمرو بن شعيب : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الاثنان فما فوقهما جماعة » .

وذكر بعض المتأخرين : أن لفظ « جمع » كلفظ « جماعة » واستشكل القرافي محل النزاع في هذه المسألة .

إذا تقرر هذا ، فمن فروع هذه القاعدة :

إذا نذر الصدقة بدراهم ، أو نذر عتق عبد ، أو صوم أيام . أو أن يتوضأ مرات ، أو يتمضمض بغرفات ، أو حلف بالطلاق ليتزوجن زوجات ، أو علق طلاقا على إعطاء عبد ، أو دراهم ، أو ثياب . فإنه يحمل على ثلاثة . على قول الأكثرين ، بناء على القاعدة . ويحمل على اثنين على قول غيرهم .

واستبعده أبو المعالي من الشافعية . وقال : ما أرى الفقهاء يسمحون بهذا .

قال أبو البركات : وأنا لا أدري معنى قوله : فإنه إن استبعده في الثلاثة فهو مذهب الجمهور ووجدنا الاثنين في مذهب أبي حنيفة وأصحابه في مواضع . واحتج به . وحكى عن ابن حزم : أنه احتج بأن من أقر بدراهم لزمه ثلاثة إجماعا .

ومنها : لو أوصى لجماعة من أقرب أقارب زيد . فعند القاضي ، وابن عقيل : تصح الوصية ، وتصرف إلى ثلاثة . فإن وجدوا في الدرجة الأولى : صرف إليهم ، وإن وجد أكثر : فقال أبو محمد المقدسي ، في المغني ، والكافي : يعم الكل . لأن بعضهم ليس أولى من بعض ، ولفظ « الجماعة » يشملهم . وإن

وجدوا أقل : كلوا من الدرجة الثانية . فإن لم يكن : فمن الثالثه ، إعمالا للفظ . ويوزع بينهم أثلاثا . هذا ماقيل .

قال الحارثى : وفى الصحة نظر . فإنه بتقدير أن يوجد ثلاثة فأقل : فالوصية لاتطابقه ، لاقتضاء اللفظ جمعاً أكثر من ثلاث ، لدخول أداة التبعيض .

قلت : لانسلم أن « من » هنا للتبعيض ، بل هى لكمال الجنس . والله أعلم .

والإكمال من الطبقة الأخرى : فيه مخالفة . فإن الثانية : لا تكون أقرب مع وجود الأولى . فلا تدخل تحت اللفظ . وبتقدير أكثر من ثلاثة فى درجة واحدة : فوصية المجهول . لتنكير لفظ « الجماعة » فيكون كما لو وصى لثلاثة مبهمين من عشرة معينين . والمذهب المنصوص عندنا : لاتصح الوصية لمجهول .

وعن أحمد رواية أخرى بالصحة ، كما لو قال: أعطوا ثلثى أحدهما فى الأصح .

وإذا قلنا بالصحة : فهل يعين الورثة بالقرعة ؟ فيه وجهان .

القاعدة ٦١ – إذا ورد دليل بلفظ عام مستقبل ، ولكن على سبب خاص . فهل العبرة بعموم اللفظ ، أم بخصوص السبب ؟ فى ذلك مذهبان .

أحدهما : العبرة بعموم اللفظ . وهو قول أحمد وأصحابه ، والحنفية . ونص عليه الشافعى فى الأم . فى باب مايقع به الطلاق ، وهو بعد باب طلاق المريض . واختاره الإمام فخر الدين ، والآمدى ، وأتباعهما .

والمذهب الثانى : العبرة بخصوص السبب . وذكره أبو العباس رواية عن أحمد ، أخذاً مما ذكره الخلال فى عمدته : إن محتجاً احتج عند أحمد على مسألة بقوله تعالى (٢ : ٢٨٠ وإن كان ذو عُسْرة فنَظِرةٌ إلى مَيْسَرة) فأجاب أحمد بأن هذا إنما ورد فى زمانين . يعنى : وليس هذا مما دخل تحت الآية .

وحكاه القاضى فى الكفاية عن بعض أصحابنا . واختاره المزنى ، والقفال ، والدقاق . وقاله أبو الفرج ، وابن نصر وغيرهما من المالكية . وحكاه أبو الطيب وابن برهان عن مالك .

قال الجويني : وهو الذي صح عندنا من مذهب الشافعي .

قال الإمام فخر الدين في مناقب الشافعي ، عن قول إمام الحرمين : ومن نقل هـذا عن الشافعي فقد التبس على ناقله . وذلك لأن الشافعي يقول : إن الأَمَة تصير فراشاً بالوطء ، حتى إذا أتت بولد يمكن أن يكون من الوطء : لحقه ، سواء اعترف به أم لا ؟ لقصة عَبْدِ بن زَمْعَة .

وذهب أبو حنيفة : إلى أن الأمة لاتصير فراشاً بالوطء ، ولا يلحقه الولد إلا إذا اعترف به . وحمل قوله عليه السلام « الولد للفراش » على الزوجة . وأخرج الأمة من عمومه . فقال الشافعي : إن هذا قد ورد على سبب خاص . وهي الأمة ، لا الزوجة .

قال الإمام فخر الدين : فتوهم الواقف على هذا الكلام ، أن الشافعي يقول : إن العبرة بخصوص السبب . وإنما أراد الشافعي : أن خصوص السبب لايجوز إخراجه عن العموم . و « الأمة » هي السبب في ورود العموم . فلا يجوز إخراجها . هذا الكلام في الدليل الوارد من الشارع . أما كلام غير الشارع : فهل العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب . ككلام الشارع على الصحيح ، أو العبرة بخصوص السبب لابعموم اللفظ، بخلاف كلام الشارع ؟ في المسألة وجهان .

أحدهما : العبرة بعموم اللفظ . وهو اختيار القاضي في المجرد ، والآمدي ، وأبي الخطاب ، وأبي الفتح الحلواني وغيرهم . وأخذوه من نص أحمد . فيمن قال : لله عليَّ أن لا أصيد من هذا النهر ، لظلم رآه فيه ، ثم زال الظلم . فقال أحمد : النذر يوفَّى به .

والوجه الثاني : الأخذ بخصوص السبب ، لا بعموم اللفظ . وهو اختيار أبي البركات ، وأبي محمد المقدسي . وفرق صاحب المغني بين كلام الشارع وغيره بأن الشارع يريد بيان الأحكام . فلا يختص بمحل السبب ، لكون الحاجة داعية إلى معرفة الحكم في غير السبب .

واستثنى صاحب المحرر صور النهى ، وما أشبهها . كمن حلف لايدخل بلداً لظلم رآه فيه ، ثم زال الظلم . وجعل العبرة فيها بعموم اللفظ . وعدى صاحب المغنى الخلاف إليها .

واختار أبو العباس ماقاله جده . وفرق بين مسألة النهى المنصوصة بأن نص أحمد إنما هو فى النذر . والناذر إذا قصد التقرب بنذره ، لزمه الوفاء مطلقاً . كما منع المهاجرون من العود إلى ديارهم التى تركوها لله . و إن زال المعنى الذى تركوها لأجله . فإن ترك شىء لله يمنع العود فيه مطلقاً . و إن كان لسبب قد يتغير . كما نُهى المتصدق أن يشترى صدقته .

وقد يكون جده لحَظَ هذا المعنى ، حيث خصّ صورة النهى بالحنث مع الإطلاق ، بخلاف غيرها من الصور .

وأما محل السبب : فلا يجوز إخراجه بالاجتهاد إجماعاً . قاله غير واحد . لأن دخوله مقطوع به . لكون الحكم أورد بياناً له . بخلاف غيره . فإنه يجوز إخراجه . لأن دخوله مظنون . لكن نقل ناقلون عن أبى حنيفة : أنه يجوز إخراج السبب . وقد منع ابن أبى موسى فى الإرشاد ، والشيرازى فى الممتع ، وابن عقيل فى الفصول ــ فى المعتمر المحصَر ــ من التحلل . مع أن سبب الآية فى حصر الحديبية . وكانوا معتمرين . وحكى هذا عن مالك ، وأنه لاهدى أيضاً . وروى الإمام أحمد رضى الله عنه : أنه حمل مافى الصحيحين ــ من حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال « لا يلدغ المؤمن من جحر مرتين » ــ على أمر الآخرة . مع أن سببه أمر الدنيا ، لكن يحتمل أنه لم يصح عنده سببه . وقد روى المروذى ، وابن القاسم ، وأبو طالب عن أحمد : أنه لا يجوز الرهن فى السّلم . وهو اختيار الخرقى ، وأبى بكر عبد العزيز . مع أنه روى ابن عباس ، وابن عمر رضى الله عنهم : أن المراد بقوله تعالى (٢ : ٢٨٢ إذا تداينتم بدين) السلم . وفيه ذكر الرهن .

ولو سألته امرأة الطلاق . فقال : نسائى طوالق : طلقت . ذكره ابن عقيل

إجماعاً ولو ادعى استثناءها : دُيِّن . وهل يقبل فى الحكم ؟ المشهور : أنه لايقبل . لأن محل السبب لا يجوز إخراجه .

قال القاضى : ويحتمل قبوله بجواز تخصيص العام . والله أعلم .

والأصح عن أحمد ، لا يصح اللعان على حمل . وقاله أبو حنيفة . وهو سبب آية اللعان ، واللعان عليه فى الصحيح . لكن ضعفه أحمد . ولهذا فى الصحيحين . أنه لا شىء بعد الوضع ، ثم يحتمل أنه علم وجوده بوحى . فلا يكون اللعان معلقاً بشرط فى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها « أن عُتبة بن أبى وقاص عهد إلى أخيه سعد : أن ابن وليد زمعة ابنى . فاقبضه إليك . فلما كان يوم الفتح أخذه سعد » فقال سعد « هذا يارسول الله ابن أخى عتبة عهد إليَّ أنه ابنه . انظر إلى شبهه . وقال عبد بن زمعة : هذا أخى ولد على فراش أبى من وليدته ، فنظر إلى شبهه فرأى شبهاً بيناً بعتبة . فقال : هو لك ياعبد بن زمعة . الولد للفراش . وللعاهر الحجر . واحتجبى منه ياسودة » .

وعند أبى حنيفة : لا تصير الأمة فراشاً ، حتى يقر بولدها . فإذا أقر به صارت فراشاً ولحقه أولاده بعد ذلك فأخرج السبب .

قال أبو المعالى الجوينى : وإنما ادعى النقلة عن أبى حنيفة أنه أخرج السبب من هذين الخبرين ـ أعنى : حديث اللعان على الحمل ، وحديث عبد بن زمعة ـ ثم قال : لايجوز أن ينسب إلى متعاقل تجويز إخراج السبب تخصيصاً . وحمل مانقل عنه على أن الحديثين لم يبلغاه بكمالهما . قال : فقد كان ضعيف القيام بالأحاديث . قال أبو العباس : ولهذا قطع أحمد بدخول النبيذ فى آية الخمر ، والاستماع إلى الإمام فى قوله تعالى (٧ : ٢٠٤ وإذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا) وقطع بأن إما أن يقضى ، وإما أن يربى من الربا وهذا كثير فى كلامه .

وإذا تقرر هذا ، فيتعلق بالقاعدة فروع :

منهـــا : أن الأفضل عندنا فى السفر : الفطر مطلقا . ـ

سواء وجد

مشقة أو لم يجد . أخذا بعموم قوله صلى الله عليه وسلم « ليس من البر الصيام فى السفر » رواه أحمد والنسائى وابن ماجة عن كعب ابن عاصم . قال بعضهم : إسناده جيد . وقال النسائى : هذا الحديث خطأ . لانعلم أحداً تابع محمد بن كثير عليه . والصواب قوله صلى الله عليه وسلم «ليس من البر أن تصوموا فى السفر» . أخرجاه فى الصحيحين . وهو عام أيضاً . لأن « تصوموا » جملة فعلية . والجمل الفعلية نكرات وهى فى سياق النفى ؟ فيكون عاما .

ومنها : أن متروك التسمية لايحل عندنا على الصحيح من المذهب . أخذاً بعموم قوله تعالى (٦ : ١٢١ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) وتحقيق المذهب فى التسمية ، والترجيح فى بعض الصور دون بعض : قد كتبه فى الكلام على البسملة .

ومنها : جواز بيع العرايا بشروطها المذكورة فى كتب الفقه . ومن شروطها : أنه لابد من حاجة المشترى . وهى أن لايكون للرجل مما يشترى به الرطب غير التمر ، وهو مخالف لقاعدة « المحكى بالألف واللام » فإن اللفظ الوارد فى جوازه : ماثبت فى الصحيحين من حديث أبى هريرة . وزيد بن ثابت « أن النبى صلى الله عليه وسلم رخص فى بيع العرايا » ؟

فإن قلت : إنما ورد بيع العرايا رخصة عند الحاجة . بدليل ماقاله الشيخ أبو محمد فى كتابه الكافى : إن محمود بن لبيد . قال . قلت لزيد بن ثابت «ماعرايا كم هذه ؟ فسمى رجالا محتاجين من الأنصار . شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم : أن الرطب يأتى ، ولا نقْدَ بأيديهم يتبايعون به رُطبا يأكلونه . وعندهم فضول من التمر . فرخص لهم أن يتبايعوا العرية بخَرْصها من التمر يأكلونه رطبا » وعزاه الشيخ أبو محمد فى الكافى إلى الصحيحين .

قلت : وقد قال الإمام أبو عبد الله بن عبد الهادى فى كتابه التنقيح — عن عزو الشيخ فى الكافى الحديث إلى الصحيحين — : هذا وهم . فإن الحديث لم يخرج

فى الصحيحين ، بل ولا فى السنن . وليس لمحمود بن لبيد رواية فى شىء من الكتب الستة ، بل وليس هذا الحديث فى مسند الإمام أحمد ، ولا السنن الكبير للبيهقى . قال : وقد فتشت عليه فى كتب كثيرة . فلم أر له سندا وقد ذكره الشافعى فى كتاب البيوع فى باب بيع العرايا بلا إسناد وأنكر عليه ابن داود الظاهرى ذلك ، ورد عليه ابن سريج فى إنكاره . والله أعلم .

وادعى بعض المتأخرين من الشافعية : أن أصحابهم اختلفوا : هل يشترط حاجة المشترى أم لا ؟ وأن الخلاف بينهم يبنى على الخلاف فى الأخذ بعموم اللفظ ، أو بخصوص السبب . وفيما قاله نظر . لأن السبب الحديث الذى ذكره الشيخ فى الكافى . وقد تقدم كلام ابن عبد الهادى فيه . ولو ثبت لم يلزم منه التعدى إلى المعنى . لأن الرخصة إنما كانت لقوم موصوفين بصفة الفقر . وكان الأصل المنع ثبت معنا فى هذه الصورة الخاصة لمعنى لا يوجد فى غيرها من الصور قلنا به ، والباقى على مقتضى الأصل .

ثم قول أبى هريرة وزيد «رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيع العرايا» ينصرف الألف واللام إلى المعهود الذى قد أبيح لمن اتصف بصفة الفقر . والله أعلم .

القاعدة ٦٢ ـ « الاستثناء » إخراج بعض الجملة بإلا . وهى أم الباب . وما قام مقامها . وهى « غير وليس ، ولا يكون ، وحاشا ، وخلا ، وعدا ، وسوى ، وما عدا ، وما خلا » . وأما « سيما » إذا انتصب بعدها المعرفة : فمنع الجمهور النصب . وقال ابن برهان : لا أعرف له وجها . ووجهه بعضهم بأن «ما» كافة ، وأن « لاسيما » بمنزلة « إلا » فى الاستثناء .

فعلى هذا تكون من أدوات الاستثناء .

ورد بأن الاستثناء مخرج ، وما بعدها داخل من باب الأولى .

وأجيب : بأنه مخرج مما أفهمه الكلام السابق من مساواته لما قبلها . وعلى هذا : يكون استثناء منقطعاً .

وقد عرف الاستثناء بالإخراج . غير واحد من أئمة العربية ، كابن جنى وغيره .

وعند أصحابنـا والأكثرين : هو إخراج مالولاه لوجب دخوله لغة . قاله أبو العباس .

وقال بعض العلماء : إخراج مالولاه لجاز دخوله .

وهذا الإخراج قبل الحكم أو بعده . فإذا قال : له علي عشرة إلا ثلاثة . فالأكثرون : على أن المراد بالعشرة سبعة و « إلا » قرينة مبينة لذلك . وقال القاضى : عشرة إلا ثلاثة بإزاء اسمين مفرد ومركب .

وقيل : المراد بالعشرة مدلولها ، ثم أخرجت منها ثلاثة وأسندتا إليها بعد الإخراج . وصححه ابن الحاجب .

وقد تبين بمـا ذكرناه أن الاستثناء ـ على قول القاضى ـ ليس بتخصيص ، وعلى قول الأكثرين تخصيص . لأن اللفظ قد أطلق لبعضه إرادةً و إسناداً ، وعلى الأخير يحتمل . لـكونه أريد الـكل ، وأسند إلى البعض . ويحتمل أنه ليس بتخصيص . لأنه أريد تمام مساواته .

وقال القاضى أبو يعلى : الاستثناء كلام ذو صيغ محصورة . تدل على أن المذكور فيه لم يُرَد بالقول الأول .

ولا يلزم عليه القول المتصل بلفظ العموم ، نحو قولهم : رأيت المؤمنين ، وما رأيت زيداً . ولم أر عمراً وخالداً . لقولنا « كلام ذو صيغ محصورة » وحروف الاستثناء محصورة . وليس « الواو » منها .

قال أبو العباس : هذا الاستثناء فى اصطلاح النحاة . وأما الاستثناء فى عرف الفقهاء : فهذا منه . قال : ولهذا لو قال : له هذه الدار ، ولى منها هذا البيت . كان هذا استثناء عندهم . فالاستثناء قد يكون بما هو أعم من ذلك ، كالجملة . كما أن الاستثناء بالمشيئة هو استثناء فى كلام النبى صلى الله عليه وسلم ، والصحابة ، والفقهاء . وليس استثناء فى العرف النحوى .

قلت : إن أراد أبو العباس : أن قول المقر « له هذه الدار ، ولى منها هذا البيت » أنه من الاستثناء العام باعتبار الإخراج من حيث الجملة : فظاهر . و إن أراد : أنه مساوٍ للفظة « إلا » أو ما قام مقامها : ففيه إشكال . إذ قد فرق الأصحاب بين قول المقر « له هذه الدار . وهذا البيت لى » فإنه يصح ، ولو كان البيت معظمها . و بين قوله « له هذه الدار إلا ثلاثة أرباعها » أو « إلا ثلثيها » فإنه استثناء للأكثر . ولا يصح عندنا .

إذا تقرر هذا ، فههنا مسائل تتعلق بالاستثناء بإلا ، أو إحدى أخواتها . و بالاستثناء بالمشيئة .

مسئلة : أنه لا يجوز أن يستثنى الأكثر من عدد مسمى عند أصحابنا . ذكره الخرقى ، وأبو بكر . ونص عليه أحمد فى الطلاق . وقال به أكثر النحاة من البصريين وغيرهم . ونصره ابن الباقلانى فى كتاب التقريب من أصول الفقه .

قال أبو البركات : وذهب أكثر الفقهاء والمتكلمين إلى جواز استثناء الأكثر .

قلت : وهو وجه لأصحابنا . اختاره أبو بكر الخلال .

ولنا فى النصف وجهان . وذكرهما أبو الفرج ، وصاحب الروضة روايتين . وذكر ابن هبيرة : الصحة ظاهر المذهب .

قال أبو البركات : ولا خلاف فى جواز استثنائه ، إذا كانت الكثرة مفهومة من دليل خارجى ، لا من اللفظ .

وحيث قلنا بجواز الاستثناء : فلافرق بين استثناء عقد من العقود ، أو بعض عقد .

وقال بعض الأدباء : لا يستثنى عقد من العقود . بل بعض عقد . فلا يصح استثناء واحد من عشرة ، ولا عشرة من مائة ، ولا مائة من ألف ، بل بعض واحد ، و بعض عشرة ، و بعض مائة .

وأما الاستثناء المستغرق : فباطل إجماعاً . ذكره غير واحد . ولكن قال ابن

طلحة فى كتاب المدخل له فى الفقه ، إذا قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً : هل يقع الطلاق ؟ على قولين .

قال بعض المالكية : ومقتضى هذا النقل : جواز استثناء الكل من الكل .

قال أبو العباس : وليس كذلك . وإنما هذا على قول مالك يتمشى . وبيض لذلك .

قلت : ولقائل أن يقول ، إذا قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً : أنه يقع واحدة . إذا قلنا : يصح استثناء الأكثر ، واثنتان على المذهب . لأن استثناء الأقل عندنا صحيح . ولنا فى الأكثر وجه . فالمستثنى للثلاث جامع بين مايجوز وما لايجوز فيخرج على قاعدة تفريق الصفقة . والله أعلم .

ومحل امتناع الاستثناء : فى غير الصفة . أما فى الصفة : فإنه يجوز استثناء الأكثر والكل .

قال أبو يعلى الصغير ، وأبو الخطاب وغيرهما من أصحابنا ، فى قوله تعالى (١٥ : ٤٢ إلا من اتبعك من الغاوين) أنه استثناء بالصفة . وهو فى الحقيقة تخصيص ، وأنه يجوز فيه الكل . نحو : اقتل من فى الدار إلا بنى تميم ، وإلا البيض . فيكونون بيضاً ، أو من بنى تميم . فيحرم قتلهم .

ونقل أبو حيان عن الفراء : أن الاستثناء يجوز أن يكون أكثر ومثل ، بقول المقر : له عليَّ ألف إلا ألفين . قال : إلا أنه يكون منقطعاً .

وقد تقدم وتقرر أن المذهب لايصح استثناء الأكثر . فكيف صحح الأصحاب فى الوصايا استثناء الربع من الثلث ، والخمس من الربع ؟ ونحو ذلك . وقد بينه أبو الخطاب لذلك الإشكال فى التهذيب .

وأجاب عنه بأن هذا ليس من باب استثناء الأكثر ، وإنما هو كأنه أوصى بشىء ثم رجع فى بعضه وترك البعض .

وفى هذا الجواب نظر . إذ هو تحويل للفظ الاستثناء إلى غير معنى الرجوع .

وأيضاً : فإن الرجوع لايكون إلا بعد استقرار الحكم ، والاستثناء مانع من استقرار الحكم . وحقيقته : إخراج مالولاه لدخل فى اللفظ . فهو مانع من دخول مايقتضى اللفظ دخوله ، لا أنه يستقر دخوله ، ثم يخرج .

اللهم إلا أن يقال فى تحريره : إنا إنما منعنا استثناء الأكثر ، لأنه إبطال للفظ الأول ، لاتخصيص له . وهو لايملك إبطالهما بالرجوع . فنزل استثناء الأكثر فيها منزلة الرجوع .

واستشكل الحارثى فى مسألة : من له ثلاث بنين ، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع المال . فأورد هنا : أن الاستثناء مستغرق . لأن المثل مع الثلاثة ربع . فكيف يستثنى منه الربع ؟ .

وأجاب عنه بأن الاستثناء يتبع به النصيب . فيتبع الوصية . لأن الحاصل للوارث ــ مع عدم الاستثناء ــ ربع فقط . ومع الاستثناء ربع وشىء . فالمثل الموصى به كذلك . فإذا استثنى منه الربع : لم يكن الاستثناء مستغرقاً .

ثم قال : ولقائل أن يقول : الزيادة على الربع إنما تثبت بالاستثناء . والقدر الثابت بالاستثناء ولا يثبت قبله . فلا يحصل بذلك تخليص عن الإيراد . والله أعلم

وأجاب بعض المتأخرين عن الأول ، بما ذكره أبو محمد المقدسى وغيره : من أن استثناء الأكثر إنما يمنع من العدد خاصة . أما من الجموع المستغرقة : فلا يمتنع استثناء الأكثر . وكذلك اختار ابن عصفور .

ولقائل أن يقول : الأجزاء تنزل منزلة الأعداد . لأنها نصوص فيما دلت عليه . فهى كالعدد .

ويجاب عنه بأن الأجزاء هنا غير مصرح بها . فإنه لم يقل : أوصيت له بالربع إلا الخمس . وإنما ذكر مايقتضى ذلك . واستثناء الأكثر إنما يمتنع إذا كانت الكثرة مستفادة من اللفظ . نحو : له علىّ عشرة إلا تسعة . أما إذا كان الاستثناء مخصصاً بوصف ، واتفق أن الموصوف به أكثر من الباقى : لم يكن

ذلك من القسم الممنوع . وقد تقدم ذلك فى استثناء الكل بالصفة . ففى الأكثر أولى .

وذكر أبو العباس فى مسائل التعداديات : الاتفاق على جواز ذلك .

وفى هذه المسائل ليس فى اللفظ مايدل على أن المستثنى أكثر من المستثنى منه . وإنما يعلم ذلك بالنظر والفكر .

وأما الثانى : فتحرر الجواب عنها : أنها مغلطة . فإن قوله « أوصى له بالربع » غير صحيح . بل إنما أوصى له بمثل نصيب ابن ، ونصيب الابن : هو مايستقر له . واستثنى من هذا النصيب المستقر ربع المال . ولا شك أن النصيب المستقر أزيد من ربع المال . كما يظهر ذلك بعمل المسألة .

وحينئذ . فقوله « ولقائل أن يقول : الزيادة على الربع – إلى آخره » غير مستقيم ، لأن الوصية لم تحصل بالربع . وإنما حصلت بنصيب الابن . وقد تقرر أن ذلك أكثر من الربع . والله أعلم .

ومنها : لو وصى بثلاثة إلا شيئاً ، أو بألف إلا شيئا . فعلى المذهب : له النصف ، وأدنى مقول . وعلى القول باستثناء الأكثر : له أدنى مقول . ولو قال : إلا قليلا . قال الحارثى : فلذلك ذكروه فى الأقارير . قال : لأنه مبهم ، أشبه قوله : إلا شيئا . قال : والأظهر أن له الثلثين وزيادة . لأن الثلث كثير . فلا يدخل تحت استثناء القليل . والله أعلم .

ومنها : حيث قلنا بجواز الاستثناء : فلا فرق بين الطلاق وغيره . هذا المذهب .

وقال أبو بكر عبد العزيز من أصحابنا : لا يصح الاستثناء فى الطلاق .

قال أبو العباس : قول أبى بكر رواية منصوصة عن الإمام أحمد . وأكثر الأصحاب خصوا قوله بالاستثناء فى عدد الطلاق ، دون عدد المطلقات . ومنهم من

حكى عنه إبطال الاستثناء فى الطلاق مطلقا . وهو ظاهر . ولا فرق ـ على إطلاق الأكثرين ـ فى الطلاق بين تقدير الإيقاع وتأخيره .

وقال صاحب الترغيب : لو قال الزوج لزوجاته : أربعتكن طوالق إلا فلانة ، لم يصح على الأشبه . لأنه صرح بالأربعة وأوقع الطلاق عليهن . ولو قال : أربعتكن إلا فلانة طوالق : صح الاستثناء . ومقتضى تعليله فى الصورة الأولى بطلان الاستثناء من الأعداد فى الإقرار إذا قال : له علىّ عشرة إلا ثلاثة . ومعلوم أنه ليس كذلك .

وعلى إطلاق الأكثرين : لا فرق بين كلام الله تعالى وغيره فى جواز الاستثناء . وحكى بعض المتأخرين قولا : أنه إنما يجوز الاستثناء فى كلام الله تعالى فقط .

ومنهـــا : حيث قلنا : بجواز الاستثناء فيشترط له الاتصال لفظاً أو حكماً كانقطاعه بتنفس ونحوه عند الأئمة الأربعة وغيرهم ، والمتكلمين . وروى سعيد بن منصور . قال : حدثنا معاوية ، حدثنا الأعمش عن مجاهد ، عن ابن عباس رضى الله عنهما « أنه يرى الاستثناء جائزاً . ولو بعد سنة » الأعمش مدلس ، ومعناه : قول طاوس . وحكى عنه أيضاً : جوازه إلى شهر . وحكى عنه أبداً . وحكى عن مجاهد جوازه إلى سنتين .

وقال بعض المالكية : يصح اتصاله بالنية وانفصاله لفظا . فيُدَيَّن .

قال الآمدى : ولعله مذهب ابن عباس .

قال الإمام أحمد : قول ابن عباس « إذا استثنى بعد سنة . فله ثُنْيَاه » . ليس هو فى الأيمان ، إنما تأويله قول الله عز وجل (١٨ : ٢٣ ، ٢٤ ولا تقولَنَّ لشىء إنى فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله . واذكر ربك إذا نسيت) فهذا استثناء من الكذب . لأن الكذب ليس فيه كفارة ، وهو أشد من اليمين . لأن اليمين تكفر . والكذب لا يكفر .

قال ابن الجوزى : فائدة الاستثناء خروج الـكذب . قال موسى عليه السلام (١٨ : ٦٩ قال : ستجدنى إن شاء الله صابراً) ولم يصبر . فسلم منه بالاستثناء .

قلت : مراد أحمد رضى الله ـ والله أعلم ـ أنه إذا نسى أن يقول : أفعل كذا إن شاء الله تعالى . فيقول : متى ذكر . وعليه يحمل مذهب ابن عباس .

وعن أحمد ـ رضى الله عنه ـ رواية أخرى ، يصح الاستثناء فى اليمين منفصلا فى زمن يسير . ثم هل يشترط اتحاد المجلس أم لا ؟ قولان . وهل يشترط أن لا يفصل بينهما بكلام ؟ قولان .

قال أبو العباس : أحمد لم يعتبر مجلس الأبدان . المعتبر فى الأفعال . فإن هذا : قد يطول يوماً ، وأكثر ، وأقل . وإنما قال : إذا سكت قليلاً . وقال : إذا كان بالقرب ولم يختلط كلامه بغيره . قال : والروايتان عن أحمد فى اليمين يجب اجراؤهما فى جميع صلات الـكلام المعتبرة له من التخصيصات والسداد[1] والصفات والابدال والأحوال ، ونحو ذلك .

قلت : ولهذا ذكر ابن الزاغونى فى الواضح فى الإقرار : إن سكت المقر عما يمكنه الكلام فيه ، ثم استثنى : فروايتان . أصحهما : لا يصح استثناؤه . والثانية : يصح ، كما لو تقارب ما بينهما . ومنع بناءهما مانع .

ويشترط نية الاستثناء . هذا المذهب . وقال القاضى ـ فى موضع من كلامه فى الاستثناء فى اليمين ـ : يتوجه أن يصح من غير نية . وإذا قلنا : بالمذهب ـ وهو اشتراط نية الاستثناء ـ فما محلها فى ذلك ؟ ثلاثة أقوال .

أحدها ـ وهو ما قاله صاحب الترغيب من عنده ـ أنه يتوجه أن يكون محله فى أول الكلام .

والثانى ـ وهو ما قاله صاحب المغنى وغيره ـ أنه يصح ، ولو بعده . واختاره

---

(١) كذا فى الأصل مهملة بلا نقط

أبو العباس . وقال : لا يضر فصل يسير بالنية . وبالاستثناء . واحتج بالأخبار الواردة فى الأيمان .

والثالث — وهو ماقاله صاحب المحرر وغيره — أن محله قبل تكميل المستثنى منه

وعدى صاحب المحرر الحكم فى النية إلى الشرط الملحق ، والعطف المغير ، والاستثناء بالمشيئة ، ونية العدد . بحيث يؤثران ، وهو مراد غيره .

ومنهــا : أنه لايجوز تقديم المستثنى فى أول الكلام . كقولك : إلا زيداً قام القوم . كحرف العطف . إذ لا معنى لقول « إلا زيداً » واختاره الكوفيون ، والزجاج . ولو تقدمه حرف نفى . فالمنع أيضاً باقٍ . كقولك : ما إلا زيداً فى الدار أحد . بخلاف ما لو كان النافى فعلا . فإنه يجوز . كقولك : ليس إلا زيداً فيها أحد . وكذلك : لم يكن إلا زيداً فيها أحد . ويتعلق بذلك إذا قال المقر : ليس له علىّ عشرة إلا خمسة ، وفى المسألة قولان .

أحدهما : لايلزمه شىء لتخبيط اللفظ .

والثانى — وهو الصحيح — يلزمه ما أثبته ، وهى الخمسة . لأن التقدير : ليس له علىّ عشرة ، لكن خمسة . ولأنه استثناء من نفى . فيكون إثباتا .

وأما إذا توسط المستثنى بين المستثنى منه والمنسوب إليه الحكم : فيجوز . كقولك : قام إلا زيداً القوم ، والقوم إلا زيداً ذاهبون . نعم إذا تقدم على المستثنى منه وعلى العامل . فنى ذلك مذاهب .

ثالثها — وهو مختار أبى حيان — إن كان العامل متصرفا . كقولك : القوم إلا زيداً جاءوا . فيجوز . وإن كان غير متصرف ، نحو الرجال إلا عمراً فى الدار . فلا يجوز .

ومنهــا : أنه يصح الاستثناء من الاستثناء . جزم به الأصحاب وغيرهم . لقوله تعالى (١٥ : ٥٨ـ٦٠ إنا أُرسلنا إلى قوم مجرمين ، إلا آلَ لوط إنا لَمُنَجُّوهم أجمعين ، إلا امرأته قدرنا إنها لمن الغابرين) فإذا تعقب الاستثناء

وحده استثناء باطل . فهل يلغى ذلك الاستثناء الباطل وما بعده ، أو يلغى وحده و يرجع ما بعـده إلى ماقبله ، أو ينظر مايؤول إليه جملة الاستثناءات ؟ فى ذلك ثلاثة أوجه .

ولنضرب لذلك مثلا ، وقس عليه مايرد عليك من هذا الباب . فإذا قال : له علىّ عشرة ، إلا عشرة ، إلا أربعة ، إلا واحدا .

فعلى الوجه الأول : يلزمه عشرة . و يلغو قوله : إلا أربعة إلا واحداً . لأنه فرع على استثناء باطل .

وعلى الوجه الثانى : يلغو المستغرق وحده ، تخصيصاً للبطلان به . و يلزمه سبعة وهذا مبنى على أن الكلام المتخلل بين المستثنى والمستثنى منه غير قاطع للاستثناء .

وعلى الوجه الثالث: ينظر ماتؤول إليه جملة الاستثناءات ، الباطل منها والصحيح فيلزمه فى الصورة المذكورة ثلاثة .

والطريق العام فى استخراج الباقى عند تكرر الاستثناءات : مبنى على أن الاستثناء من النفى إثبات . ومن الإثبات نفى .

فتقول فى الصورة المذكورة : أثبت عشرة ثم نفاها ، ثم أثبت من العشرة المنفية أربعة ثم نفى من هذه الأربعة المثبتة واحداً . فبقى ثلاثة ، لـكن عند كثرة الاستثناءات يصعب سلوك هـذه الطريق ، و يشق ضبطه . فلك فيه طريقان سهلان جداً .

أحدهما : أن تأخذ شفع الأعداد ووترها ، وتعرف مقدار كل واحد منهما وتلقى أقلهما من أكثرهما . فما بقى فهو الجواب .

وضبط هذا بالشفع والوتر إنمـا يصح إذا لم يكن فى الاستثناءات استثناء مستغرق . فإن كان فيها استثناء مستغرق ـ كالصورة المذكورة ـ فضبطه : أن تأخذ الأعداد المثبتة فتعرف جملتها . ثم المنفية كذلك . ثم تلقى أقلها من أكثرها فالباقى هو الجواب .

فنقول فى الصورة المذكورة : أن تأخذ العشرة والأربعة فيهما شفعان مثبتان . وذلك أربعة عشر ، وتأخذ العشرة الثانية والواحد . وهما منفيان . وذلك أحد عشر . فتلقيها من الأربعة عشر . يبقى ثلاثة . كما سبق .

ولو اعتبرته هٰهنا بالشفع والوتر : لم يصح . إذ ليس معك وتر إلا الواحد . والشفع أربعة وعشرون . تلقى منها الواحد ، يبقى ثلاثة وعشرون . وليس ذلك بالحق ، وإنما جاء ذلك من الاستثناء المستغرق . لأنه شفع بعد شفع .

وكذا لو كان وتراً بعد وتر . نحو : تسعة ، إلا تسعة إلا أربعة ، إلاواحداً . فطريق النفى والإثبات : تأخذ التسعة الأولى والأربعة . وذلك ثلاثة عشر . والتسعة الثانية والواحد ، وذلك عشرة . تلقيها من ثلاثة عشر تبقى ثلاثة .

وبطريق الزوج والفرد : تحتاج أن تلقى الأربعة من تسعة عشر يبقى خمسة عشر . وليس بالصواب .

فبالجملة : طريق النفى والإثبات أعم ، وهى الأصل . وطريق الزوج والفرد يصح لخصوص المادة غالباً ، بشرط أن لا يكون هناك استثناء مستغرق . لأنه يكون مساوياً لما قبله فى الزوجية والفردية . فيختل العمل .

والطريق الثانى : أن تلقى آخر الاستثناءات مما قبله ، ثم الباقى منه . فما قبله كذلك ، إلى أن يصل إلى المستثنى منه أولا . فما بقى : فهو الجواب .

ولنضرب لذلك مثالا : إذا قال المقر : له على عشرة ، إلا تسعة ، إلا ثمانية ، إلا سبعة ، إلا ستة ، إلا خمسة ، إلا أربعة ، إلا ثلاثة ، إلا اثنين ، إلا واحداً .

فبطريق النفى والإثبات ، أو الزوج ، أو الفرد : نأخذ العشرة ، والثمانية ، والستة ، والأربعة والاثنين . وهى الأعداد الشفع المثبتة . وجملتها ثلاثون . ونأخذ التسعة ، والسبعة ، والخمسة ، والثلاثة والواحد . وهى الأعداد الوتر المنفية ، وجملتها : خمسة وعشرون نلقيها من الثلاثين يبقى خمسة . وهو الجواب .

وبطريق الترقى من آخر الاستثناءات إلى أولها : نلقى الواحد من الاثنين

يبقى واحد نلقيه من الثلاثة يبقى اثنان نلقيهما من الأربعة قبلها يبقى اثنان ، نلقيهما من الخمسة يبقى ثلاثة ، نلقيها من السبعة يبقى أربعة ، نلقيها من الثمانية : يبقى أربعة ، نلقيها من التسعة يبقى خمسة ، نلقيهـا من العشرة يبقى خمسة . كالجواب بالطريقين .

ومنهـــا : هل يرجع الاستثناء إلى ما يملكه المكلف . كما ذكره القاضى ، أو إلى ما تلفظ به ؟ فى المسألة وجهان . ذكرهما غير واحد .

فيظهر أثرها إذا قال الزوج لزوجته : أنت طالق خمسا إلا واحدة . فإن قلنا : يرجع إلى ما تلفظ به . فيقع الثلاث . كأنه قال : أنت طالق أربعا . و إن قلنـا يرجع إلى ما يملكه : فيقع اثنان . كأنه استثناء واحدة من ثلاث ، و إن قال : أنت طالق أربعة إلا اثنتين . فعلى الوجه الأول : يصح الاستثناء . ويقع اثنتان . إذا قلنا : بصحة استثناء النصف . وعلى قول القاضى : لا يصح الاستثناء ، و يقع ثلاث . لأن الاستثناء يرجع إلى الثلاث . فيكون استثناء للأكثر . وعندنا لا يصح على الصحيح .

ومنهـــا : الاستثناء من غير الجنس . لايصح عند أحمد وأصحابه وزفر ومحمد . وذكره الآمدى عن الأكثر . وذكر التميمى : أن أصحاب أحمد اختلفوا فيه . وعن أحمد : يصح استثناء نقد من آخر .

قال صاحب الروضة ـ روضة الفقه من أصحابنا ـ بناء على أنهما جنس واحد أو جنسان .

وما قاله غلط ، إلا أن يريد : ما قاله القاضى فى العدة ، وابن عقيل فى الواضح : أنهما كالجنس الواحد فى أشياء . وفى المغنى : يمكن حمل الصحة : على ما إذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر ، أو يعلم قدره منه . ورواية البطلان : على ما إذا انتفى ذلك

فعلى قول صاحب الروضة والعدة ، والواضح : يختص الخلاف بالتقدير .

وعلى ما حمله صاحب المغنى : ينبغى الخلاف .

وقال بعض أصحابنا : يلزم من هذه الرواية : صحة استثناء نوع من نوع آخر .

وقال أبو الخطاب : يلزم من هذه الرواية صحة الاستثناء من غير الجنس . وقالت المالكية ، وابن الباقلانى ، وجماعة من المتكلمين والنحاة : بالصحة . وللشافعية كالقولين :

وقال ابن برهان : عدم صحته قول عامة أصحابنا ، والفقهاء قاطبة . وحكاه جماعة عن أبى حنيفة . والأشهر عنه : صحته فى مكيل أو موزون من أحدهما فقط .

ومنها : الاستثناء إذا تعقب جملا عُطف بعضها على بعض بالواو . و يصلح عوده إلى كل واحد منها . فإنه يعود إلى جميعها ، إلى أن يرد دليل بخلافه عند أصحابنا ، والشافعية ، والمالكية .

قال أحمد فى رواية ابن منصور : قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا يَؤُمَّنَّ الرجلُ الرجلَ فى أهله ، ولا يجلس على تَكْرِمَته إلا بإذنه » قال : أرجو أن يكون الاستثناء عائداً على كله .

وقالت الحنفية : يعود إلى الأخيرة . وقال جماعة من المعتزلة ـ منهم : عبد الجبار وأبو الحسين ، ومعناه قول القاضى فى الكفاية ـ إن تبين إضراب عن الأولى فللأخيرة . و إلا فللجميع .

والإضراب : أن يختلفا نوعا ، كالأمر والخبر . نحو أكرم بنى تميم ، وجاء القوم إلا الطوال . أو يتحدا نوعا و يختلفا اسما وحكما . نحو أكرم بنى تميم ، وأهن بنى زيد إلا الطوال . أو يتحدا نوعاً وحكما و يختلفا اسما . نحو سلم على بنى تميم ، وسلم على ربيعة إلا الطوال . أو يختلفا نوعا واسماً لا حكما . لكن لا يشتركان فى عوض واحد ، نحو سلم على بنى تميم واستأجر بنى تميم إلا الطوال .

وتوقف ابن الباقلانى ، والغزالى ، وجماعة من الشافعية . وحكاه القاضى عن الأشعرية ، لتعارض الأدلة .

قال أبو البركات : وعندى أن حاصل قول الأشاعرة : يرجع إلى قول الحنفية . قال ابن عقيل وغيره : قول الأشعرية مُحدَث بعد الإجماع .

وقال المرتضى الشيعى : بالاشتراك . كالقُرْء والعين . لأنه ورد للأخيرة ، وللكل ولبعض الجمل المتقدمة .

قلت : لحاصل قول المرتضى : يرجع إلى أن يكون ذاك مجملا .

وقيل : إن كان بينهما تعلق ، كأ كرم العلماء والزهاد ، وأنفق عليهم إلا المبتدعة وإلا فللأخيرة . قال أبو البركات : ولفظ «الجمل» يراد به لما فيه شمول . لا يراد به الجمل النحوية . ولهـذا ذكر القاضى وغيره : الأعداد من صورها . وسوى بين قوله : رجل ورجل ، و بين قوله : رجلان .

وقد ذكر أصحابنا فى الاستثناء فى الإقرار ، إذا تعقب جملتين : هل يعود إليهما أو إلى الثانية ؟ على وجهين . كما لو عطف المستثنى . فهل يصير المعطوف والمعطوف عليه جملة واحدة ، أوهما جملتان ؟ على وجهين .

وقال أبو العباس : وكثير من الناس يدخلون فى هذه المسألة الاستثناء المتعقب أسماء . فيريدون بقولهم «جملا» الجملة التى تقبل الاستثناء. لا يريدون بها الجملة من الكلام . قال : وهذا موضع يحتاج إلى الفرق . لأنه فرق بين أن يقال : أكرم هؤلاء وهؤلاء ، إلا الفساق . والله أعلم .

وقولنا فى فرض المسألة « الاستثناء إذا تعقب جملا وعطف بعضها على بعض بالواو » وكذا ذكره القاضى فى العدة ، وأبو الخطاب فى التمهيد وغيرهما فى بحث المسألة ، أن واو العطف تجعل الجملة كجملة واحدة . وكذا بحثوا فى « الواو » وأنها للجمع المطلق ،لاترتيب فيها . وأنه هو المعنى الموجب لجعل الجمل كجملة واحدة و بنوا على ذلك : أنت طالق وطالق وطالق . إلا واحدة . هل يصح الاستثناء ؟ وأنه لو أتى بالفاء أو بثم لم يصح . لأن الترتيب إفراد الأخيرة عما قبلها . فاختص

بها الاستثناء . فلم يصح . وكذا فرض المسألة الآمدى ، وابن الحاجب . واستدلال الإمام فخر الدين وأتباعه يقتضيه .

وقال أبو العباس : موجب ماذكره أصحابنا وغيرهم : أنه لا فرق بين العطف بالواو ، أو بالفاء ، أو بثم . على عموم كلامهم . وقد ذكروا فى قوله : أنت طالق ثم طالق . إن دخلت الدار : وجهين . وفى هذا التنظير بحث .

قال : وذكره أبو المعالى فرقاً بين الحرف المرتب وغيره فى الاستثناء والصفة فى شروط الوقف وهو بعيد جداً .

قلت : ماذكره أبو العباس عن أبى المعالى : الشرطين اللذين اشترطهما لعود الاستثناء إلى الجميع .

والشرط الثانى الذى اشترطه أبو المعالى فى عود الاستثناء إلى الجميع : هو أن لا يتخلل بين الجملتين كلام طويل . فإن تخلل ، كقول الواقف على قوم « على أن من مات منهم وأعقب فنصيبه بين أولاده . للذكر مثل حظ الأنثيين و إن لم يعقب . فنصيبه للذين فى درجته . فإذا انقرضوا فهو مصروف إلى إخوتى إلا أن يفسق أحدهم » فالاستثناء يختص بإخوته .

قلت : قريب من هذا الذى قاله أبو المعالى : ماقاله بعض أصحابنا : إذا وقف الواقف على أولاده وأولاد فلان ، ثم المساكين ، على أن لا يعطى منهم إلا صاحب عيال : أنه يختص الشرط بالجملة الأخيرة . قال : لأنها أجنبية من الأولى .

تنبيه : مثل قول القائل : بنو تميم ، وربيعة أكرمهم إلا الطوال للجميع . وجعله فى التمهيد أصلا لمسألة الخلاف .

ومما يتعلق بعود الاستثناء إلى الجميع ، أو الجملة الأخيرة : قوله تعالى (٢٤ : ٤ والذين يرمون المحصنات ، ثم لم يأتوا بأربعة شُهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة . ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً . وأولئك هم الفاسقون) تضمنت الآية الكريمة : أن القذف يتعلق به ثلاثة أحكام : وجوب الجلد ، ورد الشهادة ، وثبوت الفسق .

فمن رأى أن الاستثناء يعود إلى الأخيرة فقط ـ وهو أبو حنيفة ـ قال : إذا تاب القاذف زال فسقه . ولم تقبل شهادته إذا جلد . لأن الاستثناء فى قوله تعالى (٢٤ : ٥ إلا الذين تابوا) لم يتعلق بقوله سبحانه وتعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) فيبقى على عمومه فى الزمان .

وقد يقال فى الآية الكريمة : إنها تضمنت حكمين : وجوب الحد ، وثبوت الفسق . أما رد الشهادة : فهو من آثار الفسق . ومن لوازمه ، ومترتب عليه . فإذا زال الفسق ـ الذى هو المؤثر ـ بالتوبة : زال أثره الذى هو رد الشهادة .

وأما من رأى عوده إلى الجميع ، فقال جماعة منهم : مقتضى هذا الأصل : أن يعود إلى الفسق ورد الشهادة والحد . لكن منع من عوده إلى الجلد : الإجماع . فإن حد القذف لايسقط بالتوبة بالإجماع . فيبقى الباقى على مقتضى الأصل .

قلت : ودعوى الإجماع ، لاتصح . فإن ابن الجوزى جزم بعوده إلى الجلد . وأنه قول أحمد . وجزم به صاحب المغنى أيضاً فى أول مسألة شهادة القاذف ، لما بحث مع الحنفية المسألة . وأنهم قالوا : الاستثناء لايعود إلى الجلد ومنعهم ، وقال : بل يعود إليه أيضاً . انتهى .

يؤيد أن حد القذف يسقط بالتوبة : لو قذف شخص شخصاً لا يجب عليه إعلامه والتحلل منه . وهو أصح الروايتين عن الإمام أحمد ـ حتى إنه يحرم عليه إعلامه بذلك . ذكره القاضى أبو يعلى ، والشيخ عبد القادر ـ يقبل هٰهنا : لاينبغى أن يعلمه .

وأما الشرط إذا قيد به أحد المتعاطفين : فقد ذكر الإمام فى المحصول أن الحنفية قد وافقونا على عوده إلى الجميع . وكذلك ذكر القاضى أبو يعلى ، وأبو العباس . وذكره فى التمهيد إجماعاً . وذكر أبو محمد المقدسى فى الروضة : أن أكثر المخالفين سلموا أن الشرط يعود إلى الجميع . ونقض عليهم بذلك . وذكر فى المغنى فى الظهار ، و إذا قال : أنت حرام . والله لا أكلمك إن شاء الله تعالى :

أن الاستثناء يعود إليهما في أحد الوجهين . لأن الاستثناء إذا تعقب جملا : عاد إلى جميعها . ولم يوجه الثاني . ولعل وجهه ـ والله أعلم ـ اختلاف اليمين .

ونقل الإمام في المحصول ـ في الكلام على التخصيص بالشرط عن بعض الأدباء ـ أن الشرط يختص بالجملة التي تليه . فإن تقدم : اختص بالأولى . و إن تأخر اختص بالثانية . و إن قلنا : بعوده إلى الجميع : فأطلق الجميع العطف ، لكن أحالوه على الاستثناء . وصرح بعضهم بالواو .

وفي كلام بعض أصحابنا : لو حلف لأضربن زيداً ، ثم عمراً ، ثم بكراً ، إن شاء الله : أنه للجميع . و إن قال لمدخول بها : إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق . فدخلت : وقع ثلاثاً إجماعا . و إن أتى بثم فكذلك عند جماعة من أصحابنا .

وذكر القاضي ، وجماعة من أصحابنا : تقع الثانية والثالثة في الحال . وتتعلق الأولى بالدخول . لأن « ثم » للتراخي . فكأنه سكت ، ثم قال : أنت طالق .

وغير المدخول بها إن دخلت وقع بالفاء واحدة فقط للترتيب . وكذا يقع بغير المدخول بها بثم واحدة عند جماعة من أصحابنا . وعند القاضي وجماعة : إن أخر الشرط : فواحدة في الحال ، و بطل ما بعدها . و إن قدمه : تعلقت الأولى بالدخول ووقعت الثانية في الحال . و بطلت الثالثة ، بناء على أن « ثم » كسكتته .

وأما التخصيص بالصفة ، نحو : أكرم بني تميم الداخلين : فيقصر عليهم . قال بعض أصحابنا ، والآمدي ، وغيرهم : وهي كالاستثناء في العود إلى الجملتين . وفي الروضة لأبي محمد : سلم الأكثر : أن التخصيص بالصفة يعود إلى الجميع ، و يقصر على المخالفين في الاستثناء بذلك . والأظهر في عود الصفة لا فرق بين أن تكون متقدمة أو متأخرة .

قال بعض المتأخرين : والمتوسطة ، المختار اختصاصها بما وليته .

واشترط إمام الحرمين فى عود الصفة إلى الجميع : الشرطين اللذين ذكرهما فى الاستثناء . والأكثرون : أطلقوا ذلك .

وأما قوله تعالى (٤ : ٢٣ وأمهات نسائكم ور بائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن) فإنه يعود إلى الأخيرة فقط . لأن الأولى مجرورة بالإضافة ، والثانية : مجرورة بمن . فتمتنع الصفة ، لاختلاف الخبر باختلاف العامل . كذا ذكره بعضهم . وفيه بحث .

قال أبو العباس : عطف البيان ، والتوكيد والبدل ، ونحو ذلك ــ من الأسماء المخصصة ــ ينبغى أن تكون بمنزلة الاستثناء . قال : وأما الجار والمجرور ــ مثل أن يقول : على أنه ، أو بشرط أنه ، ونحو ذلك ــ فإنه ينبغى أن يتعلق بالجميع . قولاً واحداً . لأن هذه الأشياء متعلقة بالكلام لا بالاسم . فهى بمنزلة الشرط اللفظى . فإذا قال : أكرم بنى تميم ، أو بنى أسد ، أو بنى غطفان ، المجاهدين : أمكن أن يكون المجاهدون : غطفان فقط . و إذا قال : بشرط أن يكونوا مؤمنين ، أو على أن يكونوا مؤمنين . فإن هذا متعلق بالأكثر أحرى . وهو متناول للجميع تناولاً واحداً ، بمنزلة قوله : إن كانوا مؤمنين . فيجب أن يفرق بين أن يكون متعلقاً بالاسم ، و بين أن يكون متعلقا بالكلام . وهذا فرق محقق يجب اعتباره .

وأما التخصيص بالغاية : كأكرم بنى تميم حتى يدخلوا ، فيقضى على غيرهم[1] لأن مابعد الغاية يخالف ماقبلها . قال بعض أصحابنا ، والآمدى ، وغيرهم : وهى كالاستثناء بعد حمل فى العود .

وأما الإشارة بلفظ « ذلك » بعد الجمل . فإنه يعود إلى الجميع . ذكره القاضى وابن عقيل ، وأبو يعلى الصغير ، وأبو البقاء .

وأما التقييد بعد العطف : فمقتضى كلام النحاة ، وجماعة من الأصوليين : عوده إلى الجميع .

(١) كذا فى الأصل فليحرر .

واختلف أصحابنا فى الفروع على وجهين . أصحهما : أن الأمر كذلك . فإذا قال : له علىّ ـ مثلا ـ ألف وخمسون درهما . فالجميع دراهم على الصحيح . وقال أبو الحسن التميمى : يرجع فى تفسير الألف إليه .

وأما الضمير ، فذكر طائفة من أصحابنا : أنه يعود إلى جميع ماتقدم ، كقولك : أدخل بنى هاشم ، ثم بنى المطلب ، ثم سائر قريش ، وأكرمهم .

ومن مسائل الاستثناء

الاستثناء من الإثبات . كقولك : قام القوم إلا زيداً . فإنه يكون نفياً للقيام عن زيد بالاتفاق . كما قاله الإمام فى المعالم ، وصاحب الحاصل وغيرهما . وإن اختلف الناس فى مدرك ذلك .

وأما الاستثناء من النفى ، نحو : ماقام أحد إلا زيداً . فعندنا وعند الجمهور : يكون إثباتا لقيام زيد .

وقال أبو حنيفة : لا يكون إثباتا بلا دليل على إخراجه عن المحكوم عليهم. وحينئذ : فلا يلزم منه الحكم بالقيام . أما من جهة اللفظ : فلأنه ليس فيه ـ على هذا التقدير مايدل على الثانية ، كما قلنا . وأما من جهة المعنى : فلأن الأصل عدمه . قالوا : بخلاف الاستثناء من الإثبات . فإنه يكون نفياً . لأنه لما كان مسكوتا عنه. وكان الأصل هو النفى : حكمنا به . فحكموا من جهة أن الأصل عدمه ، لا من جهة اللفظ .

فعلى هذا : لا فرق عندهم فى دلالة اللفظ بين الاستثناء من النفى ، والاستثناء من الإثبات . وأن اللفظ لا دلالة له على إثبات المستثنى ولا نفيه .

وعليه يحمل القول الذى حكاه فى المسودة وغيره ، عنهم : أن الاستثناء من الإثبات لا يكون نفياً . ومن النفى لا يكون إثباتا .

ومن فروع هذه المسألة : إذا قال المقر : ماله عندى عشرة إلا واحداً . فإنه يكون مقراً بواحد فى أحد الوجهين لنا . لأن الاستثناء من النفى إثبات .

قال أبو العباس : وعندى : هذا ليس بجيد . و إنمـا مقصوده : أنه ليس له عندى تسعة . وذلك : لأنه لو قصد الإثبات لقال : ماله عندى إلا واحد . كـكلام العرب . فيفرق بين العدد والعموم .

قلت : وقد يوجه أحد الوجهين : أنه لايلزمه شيء فى مسألتنا هذه ـ ليس له عندى عشرة إلا واحد ـ أن العشرة إلا واحد مدلولها تسعة .

ومن فروع هذه المسألة أيضاً : إذا حلف الحالف لايلبس إلا الـكتان . فهل الـكتان محلوف على لبسه . فإذا جلس عرياناً حنث . بناء على قاعدة : الاستثناء من النفى إثبات ، أو لا يحنث ؟ لأن المقصود : أنه يمتنع من لبس كل شيء إلا الـكتان ، فإنه لايمتنع من لبسه . فلايكون محلوفاً عليه ؟ فى المسألة قولان للعلماء . اختيار ابن عقيل : الثانى .

ومن فروعها أيضاً : إذا قال الزوج لزوجته : أنت طالق واحدة إلا أن تشائى ثلاثاً . أو قال : أنت طالق ثلاثاً ، إلا أن تشائى واحدة . فشاءت الثلاث ، أو الواحدة : لم تطلق فى أحد الوجهين . بناء على أن الاستثناء من الإثبات نفى .

والوجه الثانى ـ واختاره أبو بكر ـ : تطلق فى الصورة الأولى ثلاثاً . وفى الثانيـة واحدة . لأن المتبادر إلى الفهم : أن ذلك تخيير بين الواحدة والثلاث . والله أعلم .

ومنهـــا ـ ماذكره صاحب المغنى ـ لو قال : امرأتى طالق إن كنت أملك إلا مائة ، ولم ينو شيئاً . وكان يملك أكثر أو أقل : حنث .

تنبيه : قد تقدم الاستثناء بـ « إلا » فى صور :

منهـــا : الطلاق ، والعتاق . وذلك واحد فى صورها والـكلام عليها إلا فى الاستثناء بالمشيئة . وذلك نوعان .

أحدها : أن يكون بصيغة التخيير . كقوله لامرأته : أنت طالق إن شاء الله .

ولعبده : أنت حر إن شاء الله . فالمذهب عندنا المنصوص عن أحمد فى رواية الجماعة ـ منهم : ابن منصور ، وحنبل ، والحسن بن ثواب ، وأبو النضر ، والأثرم وأبو طالب . وقد توقف أحمد أيضاً عن الجواب فيها فى رواية جماعة . منهم : عبد الله ، وصالح ، و إسحاق بن هانىء ، وأبو الحارث ، والفضل بن زياد ، و إسماعيل بن إسحاق ـ فمن الأصحاب من حكى ههنا رواية أخرى بعدم الوقوع . كالقاضى أبى الحسين ، وصاحب المغنى وغيرهما .

واختار أبو العباس فى هذه المسألة تحقيقاً حسناً وتفصيلا بيناً . وهو أن الزوج إن أراد بقوله « أنت طالق إن شاء الله » وقوع الطلاق عليها بهذا التطليق طلقت ، لأن هذا كقوله : أنت طالق بمشيئة الله . وهذا مريد للطلاق ، قاصد لإيقاعه . فعلمنا : أن الله قد شاء وقوع طلاقه بذلك . وليس قوله « إن شاء الله » تعليقاً ، بل هو توكيد للوقوع ، وتحقيق له . و إن أراد بقوله « إن شاء الله » حقيقة التعليق على مشيئة مستقبلة : لم يقع به الطلاق ، حتى تطلق بعد ذلك . لأنه لم يرد إيقاع هذا الطلاق عليها الآن . و إنما قصد تأخير وقوع الطلاق عليها إلى أن يشاء الله وقوع طلاق عليها فى المستقبل . فلاتطلق حتى يطلقها الزوج . لأن الله لا يشاء وقوع طلاقها حتى يطلقها الزوج . فإذا طلقها الزوج بعد ذلك : فقد شاء الله وقوع طلاقها حينئذ .

وكذلك إن قصد بقوله « إن شاء الله » أن يقع هذا الطلاق الآن . فإنه يكون معلقاً أيضاً على المشيئة . فإذا شاء الله وقوعه فقد وجد شرط وقوعه . فيقع حينئذ . ولا يشاء الله وقوعه حتى يوقعه هو ثانياً . ومتى كان مقصوده تعليق وقوع هذا الطلاق على وقوع طلاق آخر بها ، فهو كقوله : إن طلقت فأنت طالق ، يقصد التعليق . و إن كان مقصوده إخبارها : أنها لا تطلق ، حتى يشاء الله طلاقها بعد ذلك . ومتى طلقها بعد ذلك : فهى طلقة واحدة .

وقد حكى طائفة من الشافعية ـ كأبى حامد الاسفرائينى ـ عن الإمام أحمد ـ

رضى الله عنه ـ أن العتاق المستثنى فيه بالمشيئة دون الطلاق . وهذا لايثبت عن الإمام أحمد . ذكره المحققون من الأصحاب . منهم القاضى فى خلافه ، وصاحب المحرر وغيرهما . فإن مأخذ هذا من كلام أحمد : ماروى عنه الميمونى : أنه إذا قال لامرأة : أنت طالق يوم أتزوجك إن شاء الله ، ثم تزوجها لم يلزمه شىء . ولو قال لأمة : أنت حرة يوم أشتريك إن شاء الله تعالى ، ثم اشتراها : صارت حرة .

فظن من لا خبرة له بأصول الإمام أحمد : أنه فرق لأجل الاستثناء . و إنما فرق بين الطلاق والعتاق لأجل التعليق قبل الملك . فإن نصوصه بالتفريق بينهما . فيصح تعليق العتق على الملك ، دون تعليق الطلاق على النكاح . وهذا النص من جملتها .

قال أبو العباس : و إنما هذا قول القدرية . لأن المشيئة عندهم بمعنى الأمر . والله تعالى يأمر بالعتق ، ولا يأمر بالطلاق . قال : وقد وضعوا فى ذلك حديثاً مسنداً من رواية أهل الشام عن معاذ ـ وأشار إلى حديث رواه ابن عدى وغيره ، من حديث حميد بن مالك عن مكحول عن معاذ عن النبى صلى الله عليه وسلم ـ فيمن قال لمملوكه : أنت حر . فهو حر ، ولا استثناء له . و إذا قال لامرأته : أنت طالق . فله استثناؤه . ولا طلاق عليه . وهذا باطل . فإن حميد بن مالك ضعيف . ومكحول لم يلق معاذاً . وقد حكى الغزالى عن مالك مثل ماحكاه الاسفرائينى عن أحمد . وغلطه فى ذلك أبو البركات فى تعليقه على الهداية .

النوع الثانى : صيغة التعليق والقسم . كقوله : أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله تعالى ، أو أنت طالق لتدخلن الدار إن شاء الله ، أو أنت طالق لاتدخلين الدار إن شاء الله ، ونحو ذلك . فهذا فيه نزاع معروف فى مذهب الإمام أحمد .

وصور شيخنا أبو الفرج فى ذلك سبع طرق للأصحاب .

الطريقة الأولى : أن فى المسألة روايتين مطلقاً . سواء كان الحلف بصيغة الجزاء

أو القسم . وهذه الطريقة : مقتضى كلام أكثر المتقدمين من الأصحاب . كأبى بكر عبد العزيز ، والقاضى ، وابن عقيل وغيرهم .

ومأخذ هذا الخلاف ، عند المحققين من الأصحاب وغيرهم : أن الطلاق المعلق بشرط ونحوه قد تضمن شيئين : إطلاقاً ملتزماً عند وجود شرطه ، وفعلاً ملتزماً بالطلاق بقصد الحض عليه ، أو المنع منه . فإن غَلَّبنا عليه جهة الطلاق . قلنا : هو طلاق ملتزم بشرطه . وجد شرطه . صار كالطلاق المنجز فى حينه ، فلا ينفع فيه الاستثناء . لاسيما ومن الناس من يمنع كونه يميناً . و إنما يقول : هو طلاق معلق.

ويؤيده : أنه لاتدخله الكفارة . فلا ينفع فيه الاستثناء بطريق الأولى .

و إن غلبنا عليه جهة اليمين . قلنا : هو يمين من الأيمان . فإن المقصود به الحض على فعل ، أو المنع منه ، دون وقوع الطلاق .

و إذا كان يمينا : دخل فى قوله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين ، فقال : إن شاء الله . فقد استثنى ـ أو فلا حنث عليه » .

وقد ذكر مضمون هذا المأخذ القاضى ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ، وصاحب المغنى وغيرهم .

وأما أبو بكر عبد العزيز : ففرق بين الاستثناء فى الطلاق ، والاستثناء فى تعليقه : بأن الطلاق المنجز ماض . فلا ينفع فيه الاستثناء ، و إن لم يكن معلقاً على شرط . كقوله : أنت طالق غداً ، أو إلى سنة إن شاء الله . وهو ضعيف .

الطريقة الثانية : أن الروايتين فى الحلف بالطلاق بصيغة القسم ، وفى التعليق على شرط يقصد به الحض والمنع ، دون التعليق على شرط يقصد به وقوع الطلاق بنية

وهذه الطريقة : اختيار أبى العباس . وهى مقتضى كلام جماعة من الأصحاب . لأنهم عللوا رواية صحة الاستثناء فى التعليق : بأن التعليق يمين . والطلاق إنما يكون يميناً وحلفاً إذا عُلِّق على شرط يقصد منه الحض أو المنع لدخول الدار ، وكلام زيد . دون مايقصد منه الوقوع . كطلوع الشمس ، وقدوم الحاج . فى أصح

الوجهين للأصحاب . وهو اختيار القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، وصاحبى التلخيص والمحرر وغيرهم .

فعلى هذا : لو كان الطلاق معلقاً بشرط يقصد به الوقوع : لم ينفع فيه الاستثناء قولاً واحداً . كقوله : أنت طالق إذا طلعت الشمس إن شاء الله تعالى . فإن هذا ليس بيمين . وإنما هو توقيت للطلاق بوقت معين . فهو كقوله : أنت طالق غداً إن شاء الله . فإذا جاء وقته فقد شاء الله وقوعه فيه .

وأيضاً : فالاستثناء هٰهنا : عائد إلى الإيقاع بلا ريب ، لا إلى وجود الوقت وعدمه . ومتى كان الاستثناء عائداً إلى الطلاق لا إلى الفعل . فإنه كالاستثناء فى الطلاق المنجز بلا نزاع على طريقة المحققين .

والطريقة الثالثـة : أن الروايتين فى صيغة التعليق : إذا قصد رد المشيئة إلى الطلاق ، أو طلق . فأما إن رَدَّ المشيئة إلى الفعل : فإنه ينفعه ، قولا واحداً . وكذلك إن حلف بصيغة القسم : فإنه ينفعه الاستثناء ، قولا واحداً . وهذه طريقة صاحب المحرر .

وتوجيه هذه الطريقة : أنه إذا أطلق المشيئة ، أوردها إلى الطلاق : فإنه يخرج على الخلاف فى تغليب جهة اليمين ، أو جهة الطلاق المعلق . فحيث غلبه على جهة الحلف : نفع فيه . لأنه يمين . ولايخرج برد الاستثناء إلى الطلاق عن كون الصيغة يمينا . فأما صيغة القسم : فهى يمين محضرة . لأن المشيئة فيها راجعة إلى الفعل ، لا تحتمل غير ذلك . فينفع فيها الاستثناء .

وكذلك إذا رد المشيئة إلى الفعل فى صيغة الشرط . نحو أن يقول : أنت طالق لا تدخلين الدار إن شاء الله ونوى إن شاء الله دخولها . فإن هذا كقوله : أنت طالق لا تدخلين الدار إن شاء الله . فإن صيغة القسم كصيغة الشرط ، غير أن المثبت فى الشرط يكون منفياً فى القسم و بالعكس .

و بيان أن الاستثناء ههنا ينفع : أنه إذا قال : أنت طالق لاتدخلين الدار

إن شاء الله . فقد أقسم والتزم بطلاقها أنها لاتدخل الدار إن شاء الله ذلك . أى إن شاء الله لاتدخل . فإن لم يشأ الله ذلك ، بل شاء أنها تدخل فلم يلتزم الطلاق حينئذ . فإذا لم تدخل فلم يوجد المحلوف عليه . فلا يحنث . و إن دخلت تبينا أن الله شاء دخولها ، وهو لم يلتزم الطلاق إذا شاء الله دخولها ، بل التزم طلاقها بدخولها إلا أن يشاء الله أن لا تدخل . فإن لم تدخل فلم يلتزم طلاقها حينئذ .

يوضح هذا : أن قوله « لاتدخلين الدار إن شاء الله » معناه إن شاء الله أن لاتدخلين لا أن معناه أنا ألتزم بطلاقك أن لا تدخل هذه الدار إن شاء الله . فإن دخلت تبينا أن الله لم يشأ ذلك ، وهو لم يلتزم بطلاقها حينئذ . فلا تطلق .

وأما فى صيغة الشرط — إذا قال : أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله — أى إن شاء الله دخولك . فهو فى معنى القسم . لأنه التزم بطلاقها أن لاتدخل الدار إن شاء الله أن لاتدخل . فالمشيئة فى المعنى عائدة إلى عدم الدخول . و إن كانت فى صورة اللفظ عائدة إلى الدخول . فإن مقصود هذه اليمين هو عدم الدخول الذى التزمه بالطلاق . فالمقصود عدمه ، وعدم الطلاق . ليس المقصود : وجوده ووجود الطلاق ، بخلاف ماإذا كان الشرط يقصد وجوده ووجود الطلاق عنده . فإن الاستثناء ثَمّ يعود فى عادة الناس إلى وقوع الطلاق عند وجود شرطه المقصود . فصار كالاستثناء فى نفس الطلاق المنجز .

فتبين بذلك أن لافرق بين صورة القسم وصورة التعليق ، إذا قصد رد المشيئة فيها إلى الفعل . وهذا هو التحقيق . والله أعلم .

والطريقة الرابعة — طريقة صاحب المغنى — وهى : أن الروايتين فى صورة التعليق بالشرط إذا لم يرد المشيئة إلى الطلاق . فإن ردها إلى الطلاق : فهو كما لو نجز الطلاق واستثنى فيه . و إن أطلق النية : فالظاهر رجوعه إلى الفعل دون الطلاق . لأنه المعهود فى مقاصد الحالفين بالطلاق . و يحتمل عوده إلى الطلاق ولو رد المشيئة إلى الفعل : نفعه ، قولا واحداً . كما ينفعه فى صيغة القسم .

وهذه توافق طريقة صاحب المحرر . إلا أنها مخالفة لهـا فى أنه إذا أعاد الاستثناء إلى الطلاق لم ينفع كما لا ينفع فى المنجز . وهو الذى ذكره ابن عقيل وغيره أيضاً . وهو أصح . لأنه منع من ذلك مطلقاً من غير استثناء . فالتزم الامتناع منه بالطلاق إن شاء الله ذلك الالتزام . ولا تنفعه المشيئة شيئاً . لأن حكم الالتزام أمر شرعى قد شاءه الله كما شاء وقوع الطلاق المنجز عند إيقاعه .

والطريقة الخامسة ــ طريقة صاحب التلخيص ــ وهى : حمل الروايتين على اختلاف حالين . فإن كان الشرط نفياً لم تطلق . نحو إن قال : أنت طالق إن لم أفعل كذا إن شاء الله . فلم يفعله ، فلا يحنث . و إن كان إثباتاً حنث . نحو : إن فعلت كذا فأنت طالق إن شاء الله . ففعلته . فإنه يحنث .

وهذه الطريقة مخالفة للمذهب المنصوص . لأن نص أحمد : إنما هو فى صورة الشرط الثبوتى . وقد اختلف قوله فيـه على روايتين . فـكيف يصح تنزيل الروايتين على اختلاف حالين ؟ ولـكن شبهة صاحب هذه الطريقة : أنه إذا كان الشرط نفياً ــ وقد استثنى فيه بالمشيئة ــ فلم يلتزم الطلاق عند انتفائه ، بخلاف ما إذا كان الشرط ثبوتياً . فإنه التزم الطلاق عند وجوده .

والطريقة السادسة ــ طريقة القاضى أبى يعلى فى الجامع الـكبير ــ أنه قال : عندى فى هذه المسألة تفصيل . ثم ذكر مامضمونه : أنه إذا لم توجد الصفة التى هى الشرط المعلق عليه الطلاق : انبنى الحـكم على علة وقوع الطلاق المنجز المستثنى منه . فإن قلنـا : العلة أنه علقه بمشيئة لايتوصل إليها : لم يقع الطلاق . رواية واحدة . لأنه علقه بصفتين . إحداهما : دخول الدار مثلا . والأخرى : المشيئة . وقد وجدتا . فلا يحنث .

و إن قلنا : العلة علمنا بوجود مشيئة الله لوجود لفظ الطلاق : انبنى على أصل آخر . وهو ماإذا علق الطلاق بصفتين ، فوجدت إحداهما . مثل أن يقول : أنت

طالق إن دخلت الدار ، وشاء زيد . فدخلت الدار ولم يشأ زيد . فهل يقع الطلاق؟ على روايتين ، كذلك هٰهنا يخرج على روايتين .

وأما إن وجدت الصفة ـ وهى دخول الدار ـ فإنه ينبنى على التعليلين أيضاً .

فإن قلنا : قد علمنا مشيئة الطلاق : وقع رواية واحدة ، لوجود الصفتين جميعاً .

و إن قلنا : لم نعلم مشيئته : انبنى على ما إذا علقه على صفتين فوجدت إحداهما . ويخرج على روايتين .

والطريقة السابعة ـ طريقة ابن عقيل فى المفردات ـ فإنه جعل الروايتين فى وقوع الطلاق بدون وجود الصفة . فأما مع وجودها : فيقع الطلاق قولا واحداً .

وجعل مأخذ الروايتين فى وقوعه قبل الصفة : أن المشيئة إن عادت إلى الطلاق كما شاء : وقع المنجز . و إن عادت الى الفعل : لم يقع الطلاق حتى توجد .

قال : لأن المعنى فى قوله : أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله : أنت طالق إن شاء الله دخولك الدار . فمتى دخلت وقع بغير خلاف .

وهذه أضعف الطرق . وفسادها من وجهين .

أحدهما : قوله « إن عادت المشيئة إلى الطلاق . فقد شاءه الله فيقع » فيقال : هذا طلاق معلق بشرط . فكيف يقال : إن الله شاءه قبل وجود شرطه ؟ وهذا بخلاف المنجز . فإن الله شاء وقوعه عند تنجيزه ؟ .

والثانى : قوله « و إن عادت إلى الفعل وقع الطلاق ، لأن المعنى : أنت طالق إن شاء الله ذلك الفعل . فإذا شاءه الله وقع طلاقها » فهذا إنما يسلم له لو قصد المعلق هذا المعنى ، وهو أن يعلق طلاقها بمشيئة الله . وهذا فى الشرط المختص الذى لا يقصد به الحض والمنع قد يتوجه . فأما فى الشرط الذى يقصد به الحض والمنع : فإن الحالف فى العرف إنما يقصد بالحلف : المنع من ذلك الفعل إن شاء الله المنع منه ، أو الحض على ذلك الفعل إن شاء الله وجوده . فمتى وقع الأمر بخلاف ما وقع حلفه عليه : علم أن الله لم يشأ ما حلف عليه . وهو إنما التزم

المحلوف عليه بشرط أن يشاءه الله . وقد تبين أن الله لم يشأه . فلم تتناول يمينه هذه الصورة . بخلاف ما إذا كانت يمينه مطلقة غير متعلقة بمشيئة . فإنها كانت تتناول هذه الصورة فيحنث بها .

تنبيه : حيث قلنا : يفيد الاستثناء بالمشيئة . فسواء كان متقدماً على الجزاء أو متأخراً عنه

ومقتضى كلام القاضى فى الجامع : ولو تقدم على الشرط والجزاء . لأنه قال : إذا قال لزوجته إن شاء زيد فأنت طالق . فالاستثنـاء صحيح . لأنه عطف عليه بالفاء . فصار كأنه قدم الطلاق .

قال : وكذلك إذا قال : إن شاء زيد أنت طالق . انتهى .

ولا بد فى الاستثناء من نطقه ، إلا أن يكون مظلوماً خائفاً . فيصح استثناؤه فى نفسه . وعزى إلى نص أحمد . وكذلك قال فى المستوعب ، إلا أنه لم يقل « خائفاً » وذكره عن ابن أبى موسى .

وحيث قلنا : يجب نطقه . فهل يجب إسماع نفسه ، ومع عذر ـ بحيث يحصل السماع مع عدمه ـ أو يكفى الإتيان بالحروف ، وإن لم يسمعها ؟ ولا يعتبر سماع المتكلم وتعتبر نية الاستثناء على الصحيح . وقال القاضى أبو يعلى : يتوجه أن يصح من غير نية .

وتظهر فائدة الخلاف فيمن سبق الاستثناء على لسانه عادة ، أو أتى به تبركا .

وقد تقدم : إذا قلنا باشتراط نية الاستثناء ، أين يكون محلها ؟ .

وإذا شك الحالف فى الاستثناء . فالأصل عدمه .

وقال أبو العباس : إلا من عادته الاستثناء . واحتج بالمستحاضة تعمل بالعادة والتمييز . ولا تجلس أقل الحيض . والأصل : وجوب العادة .

القـاعدة ٦٣ ـ إذا بطل الخصوص . هل يبطل العموم ؟ فى ذلك خلاف بين العلماء ، وينبنى على ذلك مسائل :

منهـــا : إذا نسخ الوجوب . فيبقى الجواز . قال صاحب التلخيص : هذا هو الأصح عند أصحابنا . وحكى عن الحنفية . وقاله الإمام فخر الدين ، والجمهور .

ومرادهم ببقاء الجواز : التخيير بين فعله وتركه .

وقال ابن برهان ، وأبو المطالب ، والغزالى ـ وجزم به التميمى عن أحمد ـ لايبقى دليلا على الجواز ، بل يرجع الأمر إلى ما كان قبل الوجوب : من البراءة الأصلية ، أو الإباحة أو التحريم . وصار الوجوب بالنسخ كأن لم يكن . وحينئذ فيكون الخلاف بين الطائفتين معنوياً . خلافاً لما ادعاه ابن التلمسانى .

وصورة المسألة : أن يقول الشارع : نسخت الوجوب ، أو نسخت تحريم الترك ، أو رفعت ذلك . فأما إذا نسخ الوجوب بالتحريم ، أو قال : رفعت جميع مادل عليه الأمر السابق ـ من جواز الفعل ، أو امتناع الترك ـ فيثبت التحريم قطعاً

ومنهـــا : القراءة الشاذة . هل تنزل منزلة الخبر فى الاحتجاج ، أم لا ؟ وفى ذلك مذهبان تقدما .

ومنهـــا : إذا ظن دخول وقت صلاة فريضة ، فأحرم بفرض . فبان قبل وقته: لايجزئه عن الفرض جزما . وهل ينعقد نفلا ، أم لا ؟ فى المسألة روايتان . المذهب : أنها لاتنعقد نفلا . وكذلك لو ظن أن عليه فريضة فائتة ، فأحرم بها . فلم يكن فى المسألة الروايتان . والمذهب : الانعقاد أيضاً .

وأما إذا كان عالمـا : فلا تنعقد فرضاً جزما . وفى انعقادها نفلا وجهان . المذهب : لاتنعقد .

ومنهـــا : إذا قلنا : التيمم لا يرفع الحدث ، و إنما يبيح الصلاة . فإنه يبطل بخروج وقت الصلاة . فلو نوى بتيممه إقامة فرضين . قال أبو المعالى بن منجا : ففى صحة تيممه وجهان .

أحدهما : لا يصح أصلا ، ولا يصلح لفريضة واحدة .

والثانى : يصلح لفريضة واحدة . وهذا يقرب من الخلاف فى المتوضىء إذا

نوى بوضوئه إقامة صلاة واحدة دون غيرها . ففى صحة الوضوء وجهان .

ومنهـــا : إذا نوى المتيمم رفع الحدث ـ وقلنا على المذهب : التيمم مبيح ـ ففى صحة تيممه وجهان . لأن نية الرفع تستلزم الإباحة . وصحح طائفة : عدم الصحة .

ولو تيمم لفريضة قبل وقتها ، قال أصحابنا : لا يصح تيممه . بنـاء على أن التيمم يبيح ، لا يرفع . ويتخرج لنا وجه بصحة تيممه للنفل ، كما قلنا : إذا أحرم بفرض ، فبان قبل وقته : أنه يصير نفلا على رواية .

ومنهـــا : لو أحرم بفرض . ثم نقله تطوعا . هل يبطل أم لا ؟ قال القاضى فى الجامع الـكبير : تخرج المسألة على روايتين .

إحداهما : يبطل . وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية إسحاق بن هانىء ـ فى الرجل يقوم فى الصـلاة . فإذا أراد أن يركع ينوى التطوع ـ فقال : إذا فرض صلاة لم يحولها إلى غيرها . فقد منعه من الخروج منها . فاقتضى ذلك بطلانها .

والثانية : لا يبطل . وأصل ذلك : ما نص عليه أحمد فى رواية الجماعة : إذا ذكر أن عليه صلاة ، وهو فى الصلاة ، والوقت واسع لها : يتمها ، وتكون نافلة ، ويقضى الفائتة . ثم يصلى صلاة الوقت . فلم يحكم ببطلانها من أصلها ، بل جعلها نافلة فى حقه .

وبيان تخريج هذه المســألة على القاعدة : أن نية الفرض تشتمل على نية الصـلاة من حيث الجملة وخصوص الفرض . فإذا بطل خصوص الفرض ، بقى أصل نية الصلاة . كما لو أحرم فظن أن الوقت قد دخل . فبان لم يدخل ، كما تقدم

ومن نص الرواية الأولى هنا : أجاب عن قياس هذه المسألة على المسألة التى قبلها بأنه إنما صح فى الأولى : لأنه أحرم بالفريضة قبل وقتها . فانعقدت من أصلها نافلة . فلهذا صح أن يتمها بتلك النية ، وههنا انعقدت فريضة . فلم يصح أن يكملها نافلة .

ومحل هذا الـكلام : إذا نقل الفرض إلى النفل لغير غرض صحيح . أما إذا كان لغرض صحيح ، مثل أن يحرم منفرداً ، فيريد الصلاة فى جماعة : فإن المذهب الصحيح : أنه يصح . لأنه إكمال فى المعنى .

قال صاحب المحرر وغيره : كنقض المسجد للإصلاح . وشبه بما إذا أحرم بفرض فى غير وقته . هل ينقلب نفلاً أم لا ؟

مسائل فى الصلاة ، فتعطى حكمها

منهـــا : إذا قلنا : لا تصح الفريضة فى الـكعبة . فصلى الفرض فيها

ومنهـــا : لو ائتم بصبي فى الفرض . وقلنا لا تصح إمامته فى الفرض

ومنهـــا : إذا كبر لإحرام الفريضة قاعداً ، أو راكعاً ، وكان قادراً على القيام . وفى المسألة ثلاثة أوجه .

أحدها : تنعقد نفلاً فى الصورتين . واختاره جماعة .

والثانى : لا تنعقد فيهما .

والثالث : تنعقد إذا كبر قاعداً . ولا تنعقد إذا كبر راكعاً . لأن الصلاة لها حالتان : إما قيام . و إما قعود . وليس لنا صلاة فى حالة الركوع .

ومنهـــا : إذا قلنـا لا تصح صلاة الفذ . فأحرم بفرض فذا . ففى انعقاده نفلا وجهان .

ومنهـــا : حيث قلنا : تبطل الجمعة بخروج الوقت ، أو نقصان العدد ونحو ذلك . فهل تنقلب ظهراً ، أو يستأنفونها ظهراً ؟ لنا فى ذلك وجهان .

وعلى قولنا : يستأنفون ظهراً . فإنها تنقلب ظهراً . ذكره صاحب التلخيص فى المزحوم . وذكره صاحب المغنى أيضاً فيما إذا صلى الإمام قبل الزوال . فأدرك المأموم معه أقل من ركعة . وتتوجه التعدية إلى جميع الصور ، إذ لا فرق .

وقد يخرج لنا قول — إذا قلنا بالاستئناف — أنها لا تنعقد نافلة أيضاً . بناء على قولنا : بعدم الصحة إذا أحرم بالصلاة على صفة ، ولم يصح الإحرام على تلك الصفة .

وعلى قولنا تنقلب ظهراً : أبطلنا خصوص الجمعة إلى فرض آخر ، وهو الظهر . ولم نبطله إلى العموم مطلقاً . وهى النافلة . وهى درجة متوسطة . والله أعلم .

ومن مسائل إذا بطل الخصوص : هل يبقى العموم أم لا ؟

إذا ظن رب المال أن عليه زكاة فأخرجها ، ثم بان أنه لاشىء عليه : لم يرجع بها على المسكين لوقوعها نفلاً . قال القاضى : وذكره أبو البركات محل وفاق .

قلت : ويتخرج لنا قول بالرجوع ، من مسألة ما إذا عجل الزكاة فدفعها إلى الفقير ، ثم بان المعجَّل غير زكاة ، بأن هلك المال . فإنه : هل يرجع على الفقير أم لا ؟ حكى طائفة من الأصحاب وجهين . وحكى القاضى أبو الحسين وغيره روايتين . والمذهب عند القاضى أبى يعلى ، وأبى البركات ، وغيرهما : عدم الرجوع . وعلى عدم الرجوع فلا فرق بين أن يكون الدافع رب المال ، أو وليه . وسواء كان الدفع إلى الإمام ، أو إلى الفقير .

هذا إذا قبضها الفقير . أما إذا دفعها إلى الساعى ولم يدفعها الساعى إلى الفقير . فإن المالك يرجع إلى الساعى بالاتفاق . قاله أبو الوفاء ابن عقيل فى الفصول ، وأبو البركات فى منتهى الغاية .

قال ابن تميم : وقطع به بعض أصحابنا ، لأن قبض الساعى للفقراء إنما هو فى الصدقة الواجبة . فأما النافلة : فلرب المال . ويكون وكيله فى إخراجها ، لأنه ليس له ولاية أخذها . وقبضه للمعجلة موقوف بأن الوجوب قيده للفقراء ، وإلا قيده للمالك . وعلى عدم الرجوع سواء أعلمه أنها زكاة معجلة أم لا ، وسواء كان الدفع إلى الإمام أو الفقراء ، وسواء كان الدافع لها رب المال ، أو وليه . هذا المذهب .

وقال ابن حامد : إن دفعها رب المال إلى الفقير رجع عليه إن أعلمه أنها زكاة معجلة ، وإن دفعها إلى الإمام ، أو دفعها وليه : رجع مطلقاً .

قال ابن تميم : ومن أخرج زكاة على وجه لايجزىء ، أو بان الآخذ غنيا . فالحكم فى الرجوع كالمعجلة . وذكره غيره أيضاً .

وذكر ابن تميم أيضا فى موضع آخر ـ ماذكره غيره ـ أنه يرجع على الغنى بها أو بقيمتها إذا أعلمه أنها زكاة ، رواية واحدة .

قلت : وجزم غـير واحد بالرجوع إذا دفع الزكاة على وجه لاتجزىء . والله أعلم .

ومنهـــــا : الإحرام بالحج قبل أشهره مكروه . نقله ابن منصور . وقال القاضى : أراد كراهة التنزيه ويصح . ونقل أبو طالب وسندى : يلزمه الحج إلا أن يريد فسخه بعمرة . فلذلك قال القاضى ، بناء على أصله فى فسخ الحج إلى العمرة .

وعن أحمد رواية أخرى : يبطل خصوص إحرامه بالحج ، ويبقى عموم الإحرام للعمرة . واختارها الآجرى ، وابن حامد . ولعل هذه الرواية مبنية على الرواية التى ذكرها ابن شهاب العكبرى : أن الإحرام بالحج قبل أشهره لايجوز .

ومنهـــــا : لو أشار إلى حيوان معيب عيباً مانعاً من الأضحية . فقال جعلت هذا أضحية أو نذراً لتضحية به ابتداء . فإن ذلك لا يكون أضحية ، ويكون شاة لحم منذورة ، إلغاء لخصوص الأضحية ، وبقاء لعموم النذر . ذكره صاحب المغنى والتلخيص وغيرهما . واقتضى كلامهم أنها شاة لحم منذورة . فإنها تذبح أى وقت كان .

وقد يقال : إنه يختص ذبحها بيوم النحر ، وتجرى مجرى الضحايا فى المصرف . لأنه أوجبها باسم الأضحية . وقد بطل البعض لمعنى ، فيثبت باقى الأحكام . فإنه لامحل لـكلامه غيره .

ومنهـــــا : إذا أحال المشترى البائع بثمن المبيع . فلم يقبض ، حتى فسخ البيع بعيب أو خيار أو غيره : بطلت الحوالة فى أحد الوجهين ، فلو تبين البائع الثمن . فهل يقع عن المشترى أم لا ؟ فى المسألة احتمالات . ذكرها صاحب التلخيص .

ومنهـــــا : إذا كان لرجل سَلَم وعليه سلم من جنسه . فقال لغريمه :

إقبض سلمى لنفسك . ففعل : لم يصح قبضه لنفسه . وهل يقبضه للآمر ؟ فى المسألة وجهان .

ومنهـــــا : إذا وكله فى بيع فاسد أو شراء فاسد . لم يصر وكيلا فى صحيح . هكذا جزم من وقفت على كلامه . فإن أراد بهذا إذا قال : بع أو اشتر وقت النداء ، أو بع السلاح لأهل الحرب ، أو فى الفتنة ، ونحو ذلك من الصور . فقد يقال : يملك الصحيح ، ويلغو الفاسد . وله نظائر فى النذر والصلاة . وإن أرادوا بيع الخمر وشراءه فلا . والله أعلم .

ومنهـــــا : إذا نذر صوم يوم العيد صح نذره . ولزمه يوم آخر فى الروايتين . كما لو قال : لله على صوم ، بناء على بقاء العموم وإلغاء الخصوص . ونصر هذه الرواية القاضى وأصحابه فى كتب الخلاف .

والرواية الثانية عن الإمام أحمد : لايلزمه صوم ، إلغاء للعموم أيضا . وعلى الروايتين ، هل يلزمه كفارة ؟ على روايتين .

ونذر صوم أيام التشريق إن لم يجز صومها عن الفرض . فهو كنذر صوم يوم العيد . وإن جاز فهو كنذر سائر الأيام . ذكره غير واحد . وقال أبو البركات : ويتخرج أن يكون كنذر العيد أيضا .

ولو نذر صلاة فى وقت نهى إن قلنا : يفعل المنذورة وقت النهى . انعقد نذره وفعلها فيه .

وقال أبو العباس : لايجوز هذا النذر . ولم يذكرها بفعلها غير وقت نهى . كنذر صوم يوم العيد أولا . ولكن ذكر ابن عقيل فى الفصول : أنه يفعلها غير وقت نهى . كنذر صوم العيد .

ومنهـــــا : لا يجوز للمريض الخائف من الصوم التلف الصوم . ذكره فى الانتصار ، وعيون المسائل ، والرعاية ، وغيرها . فإذا نذره حال مرضه انعقد نذره موجباً للصوم إذا برأ . ذكروه فى كتب الخلاف محل وفاق .

ومنهـــا : إذا نذر صوم يوم الليل ، لا ينعقد نذره . ذكره طائفة فى كتب الخلاف محل وفاق ، وفرقوا بينه و بين العيد بأن الليل ليس من جنس الزمان القابل للصوم .

ومنهـــا : لو نذرت المرأة صوم يوم الحيض بمفرده ، أو نذر المكلف صوم يوم أكل فيه ، فإنه لا ينعقد نذره . ذكره طائفة من الأصحاب فى كتب الخلاف محل وفاق . وفرقوا بينه و بين العيد : أن الحيض والأكل ، منافيان للصوم لمعنى فيهما . والعيد ليس منافياً للصوم لمعنى فيه ، و إنما المعنى فى غيره ، وهو كونه فى ضيافة الله تعالى .

ومنهـــا : لو نذر صوم نصف يوم لزمه يوم كامل . ذكره أبو البركات قياس المذهب .

ومنهـــا : لو نذر الطواف على أربع ، لغا خصوص الطواف على الهيئة المنهى عنها . ولزمه الطواف على الوجه المشروع . وهل هو طواف أو طوافان ؟ فى المسألة روايتان . المذهب : أنه طوافان ، وفى الكفارة وجهان . وذكر طائفة من الأصحاب أن نذر السعى على أربع مثله .

وقياس المذهب فى المسألة المذكورة : لو أحرم بحجتين ، أو عمرتين ، انعقد نذره بحجتين أو عمرتين ، يفعل إحداهما بعد الأخرى . ولكن الذى جزم به الأصحاب . أنه ينعقد إحرامه بإحداهما .

ومنهـــا : لو نذر العبادة على وجه منهى عنه ، كنذره الصلاة عريانا ، أو فى مكان منهى عنه ، والحج حافياً حاسراً ، والمرأة تحج حاسرة ، فقياس المذهب : الوفاء بالطاعة على الوجه المشروع ، إلغاء لتلك الصفة . ويخرج فى الكفارة وجهان . ولكن نقل المروذى عن الإمام أحمد ـ فيمن نذر أن يقرأ عند قبر ابنه ـ يكفر يمينه ولا يقرأ .

ومنهـــا : لو وقف على مسجد قنديل ذهب ، أو فضة : لم يجز .

وبطل خصوص الوقف. وهل يبطل عموم الصدقة به على المسجد ؟ فى المسألة قولان

أحدهما ـ واختاره جماعة ـ بطلان الوقف ، و بقاء الموقوف على ملك مالكه .

والثانى ـ واختاره أبو محمد المقدسى ـ أنه يزول ملك الواقف عنه ، ويكسر ويصرف فى مصالح المسجد وعمارته .

وذكر أبو العباس : إذا وقف قنديل نقد للنبى صلى الله عليه وسلم : يصرف لجيرانه صلى الله عليه وسلم قيمته .

وقال فى موضع آخر : النذر للقبور هو للمصالح مالم يعلم ربه ، وفى الكفارة الخلاف ، وأن من الحسن : صرفه فى نظيره من المشروع .

ومنهـــا : لو أعتق عن كفارته عبداً لا يجزىء فى الكفارة . فإنه ينفذ أعتاقه . ولا يجزئه عن الكفارة ، ذكره صاحب المغنى .

ومنهـــا : إذا نذر المشى إلى بيت الله الحرام ، لزمه إتيانه حاجا ، أو معتمراً . ذكره الأصحاب . فإن نذر إتيانه لاحاجاً ولا معتمراً : لزمه إتيانه حاجا أو معتمراً . ذكره القاضى أبو الحسين .

القــاعدة ٦٤ ـ « المطلق » مايتأول واحداً غير معين باعتبار حقيقة شاملة لجنسه . نحو : تحرير رقبة ، و« المقيد » مايتأول معيناً أو موصوفاً بزائد على حقيقة جنسه . نحو : تحرير رقبة مؤمنة .

إذا تقرر هذا ، فإن ورد مطلق ومقيد . فإن اختلف حكمهما لم يحمل أحدهما على الآخر . قاله أصحابنا ـ القاضى ، وابن عقيل ، وأبو الخطاب ، والمقدسى ، وغيرهم ـ ولم يحكوا فيه خلافاً . وصرح بنفى الخلاف الآمدى ، وتبعه ابن الحاجب قالا : إلا فى صورة ، مثل : إن ظاهرت فأعتق رقبة كافرة ، أو لايعتقها . فإنه يقيد المطلق بنفى الكفر لامتناع الجمع بينهما . و إذا ثبت عدم الحمل ، فسواء اتفق السبب ، كالتقييد بالتتابع فى الصيام فى كفارة الظهار ، و إطلاق الإطعام فيها ، أو اختلف كتقييد الصيام بالتتابع فى كفارة الظهار .

ويشكل على اختلاف الحكم واتفاق السبب فى عدم الحمل : إحدى الروايتين عن أحمد ـ وهى المشهورة المنصورة فى المذهب ـ أنه يحرم وطء المظاهر منها قبل التكفير بالإطعام . واحتج القاضى ـ فى تعليقه لهذه ـ الرواية بحمل المطلق على المقيد

وهذا مخالف لما قرروه ، من أن اختلاف الحكم مانع من الحمل ، وقياسا لواجد الإطعام على العتق والصوم . وفى هذا القياس نظر . لأن شرط القياس اتفاق الحكم .

وادعى بعض المتأخرين من أصحابنا اتفاق الحكم هنا . لأن أنواع الواجب لافرق بينهما إلا فى الأسماء . وإن لم يختلف حكمهما . فإن اتحد سببهما وكانا مثبتين. نحو : أعتق فى الظهار رقبة ، ثم قال : أعتق فى الظهار رقبة مؤمنة ، حمل المطلق على المقيد عند الأئمة الأربعة . وذكره أبو البركات إجماعاً . وقال : الآمدى : لا أعرف فيه خلافاً .

قلت : لكن قيل للقاضى فى التعليق ، فى خبر ابن عمر رضى الله عنهما « أمر النبى صلى الله عليه وسلم المحرم بقطع الخف » وأطلق فى خبر ابن عباس رضى الله عنهما . فيحمل عليه . فقال : إنما يحمل إذا لم يمكن تأويله . وتأولنا التقييد على الجواز . قال : وعلى أن المروذى قال : احتججت على أبى عبد الله بخبر ابن عمر هذا . وقلت : فيه زيادة . فقال : هذا حديث . وذاك حديث . وظاهر هذا : أنه لم يحمل المطلق على المقيد .

وأجاب القاضى أبو الخطاب فى الانتصار : لايحمل المطلق على المقيد . نص عليه أحمد فى رواية المروذى . قال : وإن سلمنا ـ على رواية ـ فإذا لم يمكن التأويل .

وقيل لأبى الخطاب فى الانتصار أيضاً فى التخالف لاختلاف المتبايعين . المراد فى التخالف والسلعة قائمة ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم «والسلعة قائمة» ؟ فقال : لايحمل المطلق على المقيد على وجه لنا .

قال أبو البركات : إن كان المقيد آحاداً ، والمطلق متواتراً . فينبنى على مسألة الزيادة : هل هى نسخ ؟ وعلى نسخ المتواتر بالآحاد . والمنع قول الحنفية .

قلت : والأشهر بين الأصوليين : أن المقيد بيان ، لأن المراد من المطلق كان هو المقيد لانسخاً له . وسواء تقدم المطلق على المقيد ، أو تأخر عنه .

وذهب قوم إلى أنه لو تأخر المقيد على المطلق كان نسخاً له . و إن تقدم عليه . كان بياناً .

قال أبو البركات : وجميع ماذكرناه فى المقيد نطقاً . فأما إن كانت دلالة المقيد من حيث المفهوم دون اللفظ : فكذلك أيضاً على أصلنا ، وأصل من يرى دليل الخطاب ، وتقديم خاصه على العموم . فأما من لايرى دليل الخطاب . أو لايخصص العموم به فيعمل بمقتضى الإطلاق . فتدبر ماذكرناه . فإنه يغلط فيه كثير من الناس . وقد حرره أبو الخطاب تحريراً جيداً ، بنحو ماذكرنا إلا أن ماذكرنا أتم .

واختار القاضى فى صور الأمر : التقييد بالمفهوم دون النهى . كما سيأتى .

و إن اتحد سببهما أيضاً — وكانا نهيين — نحو : لاتعتق مكاتباً ولاتعتق كافراً ، أو لاتكفر بعتق ، لايعتق مكاتباً كافراً . فالقيد دل بالمفهوم . قال أبو الخطاب : فمن لايراه حجة — قال صاحب المحرر : أو لايخص العموم به — فإنه يعمل بمقتضى الإطلاق . ومن يراه حجة ، و يخص العموم به : فإنه يعمل بالمقيد .

واختار القاضى فى الكفاية : يعمل بالمطلق ، لأنه لايخص الشىء بذكر بعض مادخل تحته .

وذكر الآمدى فى الأحكام : أنه لاخلاف فى العمل بمدلولها ، والجمع بينهما ، إذ لايعذر فيه . هذا لفظه .

ومعناه : أنه يلزم من نفى المطلق نفى المقيد ، فيمكن العمل بهما . فلا يعتق فى مثالنا رقبة لامؤمنة ولا كافرة ، بناء على أن ذكر بعض أفراد العموم لا يكون

مخصصاً . وصرح بذلك أبو الحسين البصرى فى المعتمد . وحينئذ فلا فرق بين هذا القول ، و بين قول من قال : يعمل بالمطلق ، كما هو قول القاضى .

وأما قول أبى الحسين البصرى : إن ذكر بعض أفراد العموم لا يكون مخصصاً . ففيه نظر ، لأنه إذا كان ذلك الفرد له مفهوم معتبر . فهى مسألة تخصيص العموم بالمفهوم . والمذهب عندنا : تخصيص العموم بالمفهوم كما إذا كان المطلق والمقيد إثباتاً . وكان المقيد مفهوماً . فإنه يفيد المطلق . وقد وافق عليه القاضى .

تنبيه : ذكر غير واحد من الأصوليين : أنه إذا اتحد الحكم والسبب . وكانا نهيين من صور المطلق والمقيد ، فالذى يظهر : أن ذلك ليس هو من صور المطلق والمقيد ، بل هو من صور العام والخاص . لأنه نكرة فى سياق نفى . والنكرة فى سياق النفى عامة لامطلقة . والله أعلم .

ثم وجدت القرافى قد أشار إلى نحو ماذكرناه . و إن اتحدا حكماً . واختلفا سبباً . كالرقبة المؤمنة فى القتل ، والرقبة المطلقة فى الظهار . ذكر القاضى أبو يعلى فى ذلك روايتين .

إحداهما : يحمل المطلق على المقيد من طريق اللغة . وقاله بعض الشافعية

والثانية : لا يحمل . وبها قالت الحنفية وأكثر الشافعية . واختارها أبو إسحاق بن شاقلا ، وأبو الخطاب ، وأبو البركات ، والحلوانى . وحكى ابن نصر المالكى فى الملخص : أن مذهبهم لايحمل عليه لغة أيضاً .

فأما حمل المطلق على المقيد بعلة جامعة بينهما : فجائز عندنا وعند الشافعية والمالكية . وذكر أبو الخطاب فيه الرواية الأخرى التى قبلها . قال أبو البركات : وليس فى كلام أحمد دليل عليها ، نعم : هى تتخرج على تخصيص العموم بالقياس .

ولنا رواية بمنعه . لأن المطلق هنا كالعام . وقال الماوردى من الشافعية : عندى أنه يعتبر أغلظ الحكمين . فإن كان حكم المطلق أغلظ : حمل على إطلاقه ، ولم يقيد إلا بدليل . و إن كان العكس : فالعكس ، لئلا يؤدى إلى إسقاط ماتيقنا وجوبه بالاحتمال .

تنبيه : حمل المطلق على المقيد بالنسبة إلى الوصف : فكما تقدم من وصف الرقبة بالإيمان فى القتل . وأما بالنسبة إلى الأصل ـ أى المحذوف بالكلية ـ فكالإطعام المذكور فى كفارة الظهار ، دون كفارة القتل .

فظاهر كلام أصحابنا : يحمل المطلق على المقيد فى الأصل ، كما حمل عليه فى الوصف . لأنهم حكوا فى كفارة القتل فى وجوب الإطعام روايتين : الوجوب ، إلحاقا لكفارة القتل بكفارة الظهار . كما حكوا روايتين فى اشتراط وصف الإيمان فى كفارة الظهار ، والاشتراط . و إلحاقا لكفارة الظهار بكفارة القتل .

فدل هذا من كلامهم : على أنه لا فرق فى الحمل بين الأصل والوصف . فمن قال : بأن لا فرق فى الحمل بين الأصل والوصف : ابن خيران من الشافعية . ولكن قال الرويانى من الشافعية فى البحر : المراد بحمل المطلق على المقيد : إنما هو المطلق بالنسبة إلى الوصف ، دون الأصل .

فائدة

معنا نصان مقيدان فى جنس واجب ، والسبب مختلف . وهناك نص ثالث : مطلق من الجنس . فلا خلاف أنه لا يلحق بواحد منهما لغة .

وأما إلحاقه بأحدهما قياساً إذا وجدت علة تقتضى الإلحاق . فإنه على الخلاف المذكور فى حمل المطلق على المقيد من جهة القياس . أشار إلى ذلك : أبو البركات .

وذكر القرافى المسألة فى شرح التنقيح . وقال : حمل على الأقيس عند الإمام . و يبقى على إطلاقه عند الحنفية ، ومتقدمى الشافعية . قال : وما أظن بين الفريقين خلافا . لأن القياس إذا وجد ، قال به الحنفية والشافعية . فيحمل قولهم « يبقى على إطلاقه » على ما إذا لم يوجد قياس ، أو استوى القياسان .

وفيما قاله القرافى نظر . فإن الحنفية إنما قالوا « يبقى المطلق على إطلاقه ، ولا يحمل على القياس » لأن فى القياس زيادة على النص ، وهو نسخ . والنسخ لايجوز بالقياس . والله أعلم .

مثال المقيدين والمتضادين ، والمطلق وجنس الجميع واحد : قضاء رمضان . ورد مطلقا . وصرح فى صوم الظهار بالتتابع . وفى المتعة بالتفريق .

وأما إذا أطلقت الصورة الواحدة ، ثم قيدت تلك الصورة بعينها بقيدين متنافيين . كقوله صلى الله عليه وسلم « إذا ولغ الكلب فى إناء أحدكم فليغسله سبع مرات » فإنه قد ورد فى رواية « إحداهن بالتراب » رواها الدارقطنى ولم يضعفها . وذكر النووى فى المسائل المنثورة : أنه حديث ثابت ، ولكن ذكر فى الخلاصة رواية « إحداهن » لم تثبت وفى رواية « أولاهن بالتراب » رواها مسلم . وفى الأخرى « السابعة بالتراب » رواها أبو داود . وهو معنى مارواه مسلم « وعفروه الثامنة بالتراب » قيل : إنما سميت ثامنة لأجل استعمال التراب معها .

فلما كان القيدان متنافيان : تساقطا . ورجعنا إلى الإطلاق فى « إحداهن » ففى أى غسلة جعله جاز ، إذا أتى عليه من الماء مايزيله ، ليحصل المقصود منه . لكن اختلف فى الأولية . فقيل : الأولى : جعله فى الأولى . اختاره صاحب المغنى ، وهو رواية عن الإمام أحمد .

وقيل: الأولى جعله فى الأخيرة . وحكاه فى الرعاية رواية . وعنه فى الآخرة : أن غسله ثمانياً . ولا مدخل للقياس هنا .

والصواب فى مثل هذا : سقوط التقييد بالنسبة إلى تعيين الأولى ، والسابعة . لأنهما لما تعارضتا ، ولم يكن أحد القيدين أولى من الآخر : تساقطا . و بقى التخيير فيما حصل فيه التعارض لا فى غيره . وحنيئذ فلا يوجد التعفير فيما عداهما ، لاتفاق القيدين على نفيه .

و يدل على ماقلناه . مارواه الدارقطنى بإسناد صحيح « أولاهن ، أو أخراهن » أعنى بصيغة « أو » وقد نص الشافعى على ماذكرناه من تعيين الأولى والأخرى. فقال فى البويطى ، مانصه : قال الشافعى « وإذا ولغ الكلب فى الإناء غسل سبعاً . أولاهن ـ أو أخراهن ـ بالتراب » ولايظهر غير ذلك . وكذلك روى عن

رسول الله صلى الله عليه وسلم هـذا لفظه بحروفه . وقال الشافعي في الأم أيضاً : نحو هذا . وقاله من أئمة الشافعية : الزبيري في الكافي ، وصاحب ترتيب الأقسام ، وابن جابر . كما نقله عنه الدارمي .

فائدة

قال طائفة من محققي أصحابنا وغيرهم : إن المطلق من الأسماء يتناول الكامل من المستثنيات في الإثبات ، لا النفي . والله أعلم .

فائدة

إذا قلنا : يحمل المطلق على المقيد . فإنما محله : إذا لم يستلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة . فإن استلزمه حمل على إطلاقه . قاله طائفة من محققي أصحابنا .

مثال ذلك : إطلاق النبي صلى الله عليه وسلم : لبس الخفين بعرفات ـ وكان معه الخلق العظيم من أهل مكة ، والبوادي ، واليمن ، لم يشهدوا خطبته بالمدينة ـ فإنه لا يتقيد بما قاله في المدينة . وهو قطع الخفين .

ونظير هذا في حمل اللفظ على إطلاقه : قول النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة لما سألته عن دم الحيض « حتِّيه ، ثم اقرصيه ، ثم اغسليه بالماء » ولم يشترط عدداً ، مع أنه وقت حاجة . فلو كان العدد شرطاً لبينه . ولم يُحِلْها على ولوغ الكلب . فإنها ربما لم تسمعه . ولعله لم يكن شرع الأمر بغسل ولوغه . والله أعلم .

القاعدة ٦٥ ـ « المفهوم » على قسمين . مفهوم موافقة ، ومفهوم مخالفة

فأما مفهوم الموافقة : فهو أن يكون المسكوت عنه موافقاً في الحكم للمنطوق . وأولى منه .

مثال ذلك : قوله تعالى (٩٩ : ٧ فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره) وكفاية مادون القنطار من قوله (٣ : ٧٥ يؤدِّه إليك) وهذا تنبيه بالأعلى على الأدنى ، وما قبله بالأدنى على الأعلى . وهو حجة . ذكره بعضهم إجماعاً . لتبادر فهم العقلاء إليه . واختلف النقل عن داود .

واختلف فى دلالته . فقال القاضى ، والحنفية ، والمالكية ، و بعض الشافعية ، وجماعة من المتكلمين والظاهرية . واختاره ابن عقيل . وذكره عن أصحابنا ، وقال بعض أصحابنا : ونص عليه أحمد فى مواضع — : دلالته لفظية .

وقال ابن أبى موسى ، وأبو الحسين الجزرى ، وأبو الخطاب ، والحلوانى . وغيرهم من أصحابنا ، والشافعى ، وأكثر أصحابه : هو قياس جلى .

وأما مفهوم المخالفة : فهو على أقسام .

منهـــا : مفهوم الصفة . وهو أن يقترن بعام صفة حاضراً . كقوله صلى الله عليه وسلم « فى الغنم فى سائمتها الزكاة » قال به أحمد ، ومالك ، والشافعى ، وأكثر أصحابهم . وذكره فى الروضة عن أكثر المتكلمين . ثم مفهوم عند الجميع : لازكاة فى معلوفة الغنم ، لتعلق الحكم بالسوم . والغنم فيها : العلة .

ولنا وجه . اختاره ابن عقيل . وقاله بعض الشافعية — وذكره القاضى : ظاهر كلام أحمد — : لازكاة فى معلوفة كل حيوان . أعنى من الأزواج الثمانية ، بناء على أن السوم العلة .

وهل يعتبر البحث عما يعارضه ؟ قال فى التمهيد وغيره : هو كالعموم ، وزعم الآمدى : أنه لا يعتبر عند من قال به .

ولم يقل بمفهوم الصفة أبو حنيفة وأصحابه ، وجماعة من المالكية ، وابن داود ، وابن سريج ، والقفال ، وابن الباقلانى ، وأبو المعالى الجوينى ، والغزالى ، والشاشى ، وأكثر المعتزلة ، والإمام فخر الدين فى المحصول ، والمنتخب ، وأبو الحسن التميمى من أصحابنا ، والآمدى . وقال فى الانتصار فى مسألة الولى : هو إحدى الروايتين عن أحمد . وذكره فى التمهيد عن أكثر المتكلمين .

واختلف النقل عن الأشعرى . وأثبته أبو عبد الله النصرى : إن كان للبيان . كالسائمة ، أو للتعليم . كتحالف المتبايعين إذا اختلفا ، أو دخل ما عدا الصفة . فحقها كالحكم بالشاهدين يدخل فيهما الشاهد الواحد .

و إذا قلنا : بأن مفهوم الصفة حجة . قال أبو الفرج المقدسى من أصحابنا : ثبت بالعقل ، وأنه إجماع أهل اللغة .

وقال أبو الخطاب فى التمهيد : ثبت ذلك باستقراء كلامهم ، ومعرفة مرادهم . وفهمته الصحابة . وهم أهل اللسان .

وذكر الرويانى من الشافعية فى كتاب القضاء من البحر : إذا قلنا مفهوم الصفة حجة . فهل دلت اللغة عليه ، أم أستفدناه من صاحب الشرع ؟ على وجهين

وقال الإمام فخر الدين فى المعالم : يدل عرفاً لا لغة . وقد تقدم عنه فى المحصول والمنتخب ، أنه قال فيهما : لا يدل مطلقاً .

ومفهوم الصفة له صورتان .

إحداهما : أن يقترن بعام صفة خاصة ، أو يقسم اللفظ إلى قسمين . و يذكر صفة مع كل قسم من القسمين . نحو « الثيب أحق بنفسها ، والبكر تستأذن » .

والثانية : أن تفرد الصفة بالذكر . كقوله « الثيب أحق بنفسها من وليها » وهذه الصورة دون التى قبلها فى القوة .

والفرق بين هذه الصورة والتى قبلها : أن ذكر « الثيب » يظهر معه أنه ذاكر للبكر ، و يحتمل الغفلة عن الذكر . فصار المفهوم ظاهراً . وعند ذكر الوصف الخاص مع العام : انقطع احتمال عدم الحضور . فصار المفهوم هنا : أظهر . أشار إلى ذلك أبو محمد المقدسى .

وظاهر كلام جماعة من أصحابنا وغيرهم : التسوية . قال أبو المعالى الجوينى بمفهوم الصفة مع مناسبة الصفة للحكم ، و إلا فليس بحجة . وذكره بعض أصحابنا ظاهر اختيار القاضى فى موضع من كلامه .

ومنها : مفهوم الشرط . نحو (٦٥ : ٦ و إن كُنَّ أولات حَمْلٍ) وهو أقوى من الصفة . فلهذا قال به جماعة ممن لم يقل بمفهوم الشرط . منهم : ابن سريج وغيره من الشافعية ، والكرخى وغيره من الحنفية ، والإمام فخر الدين.

ويتفرع على مفهوم الصفة والشرط فروع كثيرة فى الوقف والوصايا والتعاليق والنذور، والأيمان .

ومنهـــا : مفهوم الغاية . نحو قوله تعالى (٢: ٢٣٠ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) أقوى من الشرط . فلهذا قال به جماعة ممن لم يقل بمفهوم الشرط . كقوم من الحنفية وغيرهم . و بالغ ابن عقيل حتى قال : لا يحسن التصريح بأن ما بعدها كما قبلها . كقوله : اصبر حتى تتوب و بعد التوبة . وهو خلاف مافى التمهيد فى مفهوم الغاية والشرط ، ونقض بهما فى الصفة .

وقال الآمدى : لامانع منه إجماعا . وحكى بعضهم قولان . أن مابعدها مخالف لما قبلها نطقاً . والله أعلم .

ومنهـــا : مفهوم العد الخاص كثمانين جلدة . قال به أحمد ، وأكثر أصحابه ، ومالك ، وداود و بعض الشافعية . وذكره أبوالمعالى عن الشافعى . واختار أنه من قسم الصفات . وكذا قال أبو الطيب وغيره ، لأن قدر الشيء صفته .

ونفاه الحنفية والمعتزلة ، والأشعرية وأكثر الشافعيــة ، وابن داود والقاضى أبو يعلى فى جزء صنفه فى المفهوم . وذكره أبو الخطاب عن أبى إسحاق من أصحابنا فى مسألة الزيادة على النص ، هل هو نسخ أم لا ؟

ومنهـــا : مفهوم اللقب ، وهو تخصيص اسم بحكم ، وهو حجة عند أكثر أصحابنا . وذكروه عن أحمد . وقال به مالك ، وداود . واختاره أبو بكر الدقاق وغيره من الشافعية . ذكره أبو المعالى والصيرفى ، وابن خُوَيْزَ مَنْداد .

ونفاه أكثر العلماء والقاضى فى الجزء الذى صنفه فى المفهوم . وابن عقيل . فى تقسيم الأدلة ، وأبو محمد المقدسى . قال أبو محمد المقدسى : ولوكان مشتقاً كالطعام . وقيده بعضهم بغير المشتق . قال أبو البركات : فيصير فى المشتق اللازم كالطعام . هل هو من الصفة أو اللقب ؟ وجهان . واختار أبو البركات وغيره من أصحابنا تفصيلا . وأشار إليه أبو الطيب فى موضع : أنه حجة بعد سابقة ما يعم له

ولغيره . كقوله صلى الله عليه وسلم « وترابها طهوراً » بعد قوله « جعلت لى الأرض مسجداً » وكذلك على هذا لو قال : عليكم فى الإبل الزكاة ، لم يكن له مفهوم ، لأنه لايوجب تخصيص عام قد ذكر . ويمكن أن غيرها لم تخطر بباله .

ولو قيل : يارسول الله ، هل فى بهيمة الأنعام الزكاة ؟ فقال : فى الإبل الزكاة . لكان له مفهوم ، لما ذكرنا . وكذلك لو قيل له : نبيع الطعام بالطعام متفاضلا . فقال : لاتبيعوا البر بالبر متفاضلا .

قال أبو البركات : وأكثر مفهومات اللقب التى جاءت عن أحمد . لايخرج عما ذكرته لمن تدبرها . وجعل بعض أصحابنا : مفهوم اللقب حجة فى اسم جنس ، لا اسم عين . والله أعلم .

فائدة

وإذا ثبت القول بمفهوم المخالفة . فله شروط .

أحدها : أن لايظهر فى المسكوت عنه أولوية ، ولا مساواة . فإن ظهر أولوية أو مساواة ، كان المسكوت عنه موافقا للمنطوق .

ومنها : أن لايكون خرج مخرج الغالب . نص عليه الشافعى . وهو مذهبنا . ذكره الفخر إسماعيل فى طريقته . وذكره الآمدى اتفاقا .

وكان ابن عبد السلام ، من الشافعية : يورد على هذا سؤالا . فيقول : الوصف الغالب أولى أن يكون حجة مما ليس بغالب ، وما انعقد عليه الإجماع يقتضى الحال فيه العكس ، بسبب أن الوصف إذا خرج مخرج الغالب . وكانت العادة شاهدة بثبوت ذلك الوصف لتلك الحقيقة : يكون المتكلم مستغنيا عن ذكره للسامع ، بسبب أن العادة كافية فى إفهام السامع ذلك . فلو أخبره بثبوت ذلك الوصف ، لكان تحصيلا للحاصل .

أما إذا لم يكن غالباً : فإنه لا دليل على ثبوته لتلك الحقيقة — من جهة العادة قبيحة — أن المتكلم يخبر به لعدم دليل يدل على ثبوته لتلك الحقيقة ، فهو حينئذ

مقيد له فائدة جديدة ، وغير مفيد له فى الوصف الغالب الذى دلت عليه العادة .
وإذا كان فى الغالب غير مفيد بإخباره عن ثبوته للحقيقة . فتعين أنه إنما نطق به لقصد آخر غير الإخبار عن ثبوته للحقيقة . وهو سلب الحكم عن المسكوت عنه . وهذا الغرض لا يتعين إذا لم يكن غالباً . لأنه غرضه حينئذ ، فيكون الإخبار عن ثبوته للحقيقة . لاسلب الحكم عن المسكوت عنه ، فظهر أن الوصف الغالب على الحقيقة أولى أن يكون حجة ، والله أعلم .

قلت : واختار أبو المعالى الجوينى : أن المفهوم إذا قيل به ، فإنه يكون حجة ، ولو خرج مخرج الغالب .

وقال أبو البركات : ولكن يظهر أن ذلك من مسالك التأويل . فيخف على المتأول مايبديه من الدليل العاضد .

وعلى القول الأول ـ بأنه ليس بحجة ـ إذا خرج مخرج الغالب : فهل يكون عاماً فى المسكوت عنه والمنطوق أم لا ؟ كلام الأكثرين من أصحابنا : يدل على أنه ليس بعام . ولهذا احتج أصحابنا وغيرهم لداود على اختصاص تحريم الربيبة بأنهما فى الحجر بالآية . وأجابوا لاحجة فيها لخروجها على الغالب .

فقال : هو خاص بالسلم . وإلحاق غيره به إنما يصح إذا كان مثله .

واحتج فى الانتصار على نشر الحرمة بلبن الميتة بقوله تعالى (٤ : ٢٣ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم) فقيل له : الآية حجة لنا . لاقتضائها تعلق التحريم بفعلها للإرضاع . فقال : علته ، لأنه الغالب كالربيبه . ولهذا لو حُلِب منها ، ثم سُقِى نشر .

وقال أبو الفتح بن المنى من أصحابنا : هو عام . فإنه أجاب من احتج لصحة نكاح المرأة بلا إذن بمفهوم قوله صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل » فإن المفهوم ليس بحجة على أصلنا .

قلت : وهذا فيه نظر . فإنه قد تقدم : أن المفهوم عندنا حجة على الصحيح . والله أعلم .

قال أبو الفتح : ثم هذا خرج مخرج الغالب ، فيعم . ويصير كقوله (٤ : ٢٣ وربائبكم اللاتى فى حجوركم) لما خرج مخرج الغالب عم . والله أعلم .

ومنها : أن لا يخرج جواباً لسؤال . ذكره أبو البركات فى شرح الهداية فى صلاة التطوع اتفاقاً .

قلت : وذكر القاضى أبو يعلى فى ذلك : احتمالين فى الجزء الذى صنفه فى مسألة المفهوم .

قال أبو العباس : فإن تقدم مايقتضى التخصيص ـ من سؤال أو حاجة إلى بيانه ، مثل قوله صلى الله عليه وسلم « إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه ، فلاوصية لوارث » فهذا لا مفهوم له . قال : وسلك القاضى وغيره من ـ المالكية والشافعية ـ على جواز الوصية للقائل بها ، بناء على أنها تصح لغير الوارث . وهذا دلالة ضعيفة جداً .

ومنها : أن تكون الصفة التى علق الحكم بها قصد بها تعليق الحكم بها ، فإنه علق بصفة غير مقصودة ، مثل قوله تعالى (٢ : ٢٣٦ لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن ، أو تفرضوا لهن فريضة) فلا دليل له . لأن الصفة لم تقصد لتعلق الحكم بها ، وإنما قصد بها رفع الجناح عمن طلق قبل المسيس ، وإيجاب المتعة على وجه التبع ، فصار كأنه مذكور ابتداء من غير تعليق على صفة . ذكر ذلك القاضى أبو يعلى .

وهذا الكلام فى المفهوم إذا كان فى الأمر أو النهى . فإن كان فى الخبر ، مثل أن يقول : زيد الطويل فى الدار ، فسلم القاضى فى الكفاية أنه لا يدل على القصر نفى ولا إثبات ، وقد قال قبل هذا : إن تعليق هذا الوجوب والأخبار بالألقاب يقتضى رفع النفى .

فائدة

قال بعض أصحابنا : إن العام إذا خص بعض أفراده ، فهل يخص العموم بمفهوم تخصيص الحكم بهذا الفرد ؟ اختلف أصحابنا فى ذلك . الأكثرون : أنه لا تخصيص ، ويكون تخصيص الفرد لتأكيد الحكم فيه ونحوه .

قال أبو البركات : وهذا النقل ليس بسديد ، وهو يناقض قول الأصحاب إن المفهوم يخص العموم .

قلت : وأبو الخطاب ممن اختار أن العام إذا خص بعض أفراده لا يكون مفهوم ذلك الفرد مخصصاً . وحكى عن أبى ثور : أنه يكون مخصصاً . وكذا نقل ابن برهان . وأبو ثور : هو من القائلين بمفهوم اللقب . فلذلك قال بالتخصيص فى مثل قوله صلى الله عليه وسلم فى شاة ميمونة « دباغها طهورها » وجعله مخصصاً لقوله صلى الله عليه وسلم « أيما إهاب دبغ فقد طهر » .

وأما إذا قلنا : بأن المفهوم غير معتبر . فلا يكون بعض أفراد العموم مخصصاً . بلا نزاع .

وقد احتج أبو الخطاب لأبى ثور — أنه يكون مخصصاً — بأن تعليقه بالظاهر يدل على أن ماعداه بخلافه .

وأجاب عنه بأن دليل الخطاب ليس بحجة فى أحد الوجهين .

وإن قلنا : هو حجة ، فصريح العموم أولى به .

قال أبو العباس : فهذه المسألة إن حملت على عمومها ناقض قوله : إن دليل الخطاب يخص العموم .

وإن حملت على ما إذا ذكر بعض المثبت بالاسم اللقب لم يتناقض ، ويكون خاصاً بأن الاسم اللقب . وإن قلنا : له مفهوم عند الإطلاق ، فإنه لايخص العموم لقوة دلالة العموم . ولهذا ذكر الخلاف مع أبى ثور وحده .

فعلى هذا : يكون فى المسألة ثلاثة أوجه . قال أبو البركات : ويجب أن يخرج

فى تقديم القياس على المفهوم وجهان . كما فى تخصيص العموم بالقياس ، بل أولى . لأنهم قدموا المفهوم على العموم . فلأن يقدموه على القياس ـ الذى هو دون المفهوم على أحد الوجهين ـ أولى . وقد صرح القاضى بأن تقديم القياس على المفهوم مأخوذ من تقديم القياس على العموم .

فائدة

قال طائفة من محققى أصحابنا : تخصيص العموم بالمفهوم إنما هو فى كلامين منفصلين من متكلم واحد ، وفى حكم واحد . كـكلام الله ورسوله ، لا فى كلام واحد متصل ، ولا متكلمين ، بل يجب اتحاد مقصودهما . كبينة شهدت أن جميع الدار لزيد ، وأخرى شهدت : أن الموضع الفلانى منها لعمرو . فإنهما يتعارضان فى ذلك الموضع . قال : وغلط بعض الناس لجمع بينهما . لأنه من باب العـام والخاص . كما غلط بعضهم فى كلام متكلم متصل . والله أعلم .

القـاعدة ٦٦ ـ إجماع الخلفاء الأربعة ـ مع مخالفة مجتهد صحابى لهم ـ على حكم ، ليس بإجماع ، ولا حجة عند أحمد ، وأكثر الفقهاء .

وعن أحمد رحمه الله تعالى رواية أخرى : أنه إجماع . وبها قال أبو حازم الحنفى . واختارها ابن البنا من أصحابنا .

وعن أحمد رواية ثالثة : أنه حجة لا إجماع .

وقول بعضهم : أحدهم ليس بحجة . فيجوز لبعضهم خلافه : رواية واحدة عند أبى الخطاب . وذكر ابن عقيل والقاضى رواية : لايجوز . واختـارها أبو حفص البرمكى وغيره من أصحابنا . وذكر الآمدى ، أن بعض الناس قال : قول أبى بكر وعمر : إجماع . ذكره بعض أصحابنا عن أحمد .

فأما ما عقده بعضهم ـ كصلح بنى تغلب ، وخراج وجزية ـ : فلنا خلاف فى جواز نقضه . واختار ابن عقيل : يجوز . قال : ومنعه أصحابنا .

وأما الصحابى غيرهم ـ إذا قال قولا وانتشر ، ولم ينكر قبل استقرار المذهب ـ

فإجماع عند أحمد وأصحابه . زاد ابن عقيل : فى إنحائه المعلم : منع وتسليم . وأشار بعض أصحابنا إلى خلاف عندنا — وهى مسألة الإجماع السكوتى ، فيها خلاف كبير مشهور — و إن لم ينتشر . فعن أحمد رحمه الله تعالى فى ذلك روايتان .

إحداهما : أنه حجة مقدمة على القياس . اختاره أبو بكر ، والقاضى ، وابن شهاب ، وصاحب الروضة ، وغيرهم . وقاله مالك ، و إسحاق ، والشافعى فى القديم ، وفى الجديد أيضاً . فإنه قد صرح فى رواية الربيع بأن قول الصحابى حجة يجب المصير إليه . فقال : المحدثات فى الأمور ضربان .

أحدهما : ما أحدث مما يخالف كتابا ، أو سنة ، أو إجماعا ، أو أثراً . فهذه البدعة الضلالة . والربيع إنما أخذ عنه بمصر . فجعل الشافعى مخالفه الأثر الذى ليس بكتاب ولا سنة ولا إجماع : ضلالة . وهذا فوق كونه حجة ، وقاله الحنفية عن الكرخى . ونقله أبو يوسف وغيره عن أبى حنيفة .

والثانية : ليس بحجة . و يقدم القياس عليه . اختاره ابن عقيل ، وأبو الخطاب . والفخر إسماعيل . وقاله الشافعى فى الجديد ، وأكثر أصحابه ، والكرخى ، وعامة المعتزلة ، والأشعرية ، والآمدى . وذكره ابن برهان عن أبى حنيفة نفسه .

والأول هو المعروف عن أبى حنيفة .

ولكن إذا قلنا : بأنه حجة . فمحله على غير صحابى . أما الصحابي : فليس كل مذهب صحابى حجة على صحابى آخر إجماعاً . نقله الآمدى ، وابن عقيل . وزاد : ولو كان أعلم ، أو إماماً ، أو حاكما .

وقد تقدم أن قول الخلفاء الراشدين : هل هو إجماع أو حجة على غيرهم أم لا ؟ فيكون المراد فى الإجماع : أن قول صحابى لا يكون حجة على صحابى آخر ، فيما عدا الخلفاء الراشدين .

وأما إذا قال الصحابى قولا يخالف القياس : فإنه يجب العمل به . و يجعل فى حكم التوقيف المرفوع ، بحيث يعمل به . و إن خالفه قول صحابى آخر . نص عليه

أحمد فى مواضع . وقاله القاضى ، وصاحب المغنى ، والحنفية . ونص عليه الشافعى فى اختلاف الحديث ، فقال : روى عن علىّ رضى الله عنه « أنه صلى فى ليلة ست ركعات فى كل ركعة ست سجدات » وقال : لو ثبت ذلك عن علىّ لقلت به . فإنه لا مجال للقياس فيه . فالظاهر : أنه فعله توقيفا ــ فى الكلام على كيفية ألفاظ الصحابي، وجزم به ابن الصباغ فى كتاب الإيمان ، من كتابه المسمى «بالكامل» ــ أعنى بالكاف لا بالشين ــ وهو كتاب فى الخلاف بين الشافعية والحنفية .

وقال أكثر الشافعية ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل من أصحابنا : لا يحمل على التوقيف ، بل حكمه حكم مجتهداته .

وإذا قلنا « قول الصحابى حجة » فهل يخص به العموم أم لا ؟ فى ذلك مذهبان .

أحدهما ــ وهو المنصوص عن أحمد ــ أنه يخص . وقاله جمهور أصحابنا .

والثانى ــ وقاله بعض الشافعية ــ لا يخص مطلقاً .

وقال أبو العباس : إن كان الصحابى سمع العام وخالفه ، قوى تخصيص العموم بقوله ، قال : أما إذا لم يسمع ، فقد يقال : هو لو سمع العموم لترك مذهبه . يجوز أن يكون مستنده استصحاباً ، ودليل العام أقوى منه . وقد يقال : لو سمعه لما ترك مذهبه . لأن عنده دليلا خاصاً مقدماً عليه .

وترجم بعض أصحابنا ، وابن برهان ، وبعض الحنفية المسألة « هل يخص العموم بمذهب الراوى أم لا ؟ » .

وأما إن قلنا : قوله ليس بحجة ، لو كانت المسألة خلافاً فى الصحابة : لم يخص به العموم ، بل يكون حجة عليه .

قال أبو البركات : ويتخرج أن يرجع إلى قوله ، إذا كان هو راوى الخبر . ويجعل ذلك تفسيراً وبياناً على إحدى الروايتين فيما إذا روى لفظاً وعمل بخلاف

صريحه أو ظاهره . اللهم إلا أن يقال : بأن هذه الرواية لا تتجه إلا على مذهب من يجعل قوله حجة . فيبطل التخريج .

قال أبو البركات : واعلم أنه قد يتضح من كلام القاضى واختياره : أن قول الصحابى يترك به ظاهر العموم . فيخص به ، إذا قلنا هو حجة . وإذا خالف مقتضى اللفظ الظاهر غير العام ، عمل بالظاهر دون قوله . وما ذاك إلا لضعف ظهور العموم .

إذا تقرر هذا ، فالتتابع بين جماعة من الأصوليين على أن مذهب الشافعى فى الجديد : أن قول الصحابى ليس بحجة .

وهذا فيه نظر ظاهر جداً . فإنه لا يحفظ له فى الجديد حرف واحد أن قول الصحابى ليس بحجة . وغاية ما تعلق به هؤلاء من نقل ذلك : أن الشافعى يحكى أقوالا للصحابة فى الجديد ، ثم يخالفهـا . وهذا تعلق ضعيف جداً . فإن مخالفة المجتهد للدليل المعين لما هو أقوى منه فى نظره : لا يدل على أنه لا يراه دليلا من حيث الجملة ، بل خالف دليلا لدليل أرجح عنده منه .

وقد تعلق بعضهم بأنه يراه فى الجديد إذا ذكر أقوال الصحابة موافقاً لها لا يعتمد عليها وحدها . كما يفعل بالنصوص ، بل يعضدها بضروب من الأقيسة . فهو تارة يذكرها و يصرح بخلافها . وتارة يوافقها ولا يعتمد عليها ، بل يعضدها بدليل آخر . وهذا أيضاً تعلق أضعف من الذى قبله . فإن تضافر الأدلة وتعاضدها وتناصرها من عادة أهل العلم قديماً وحديثاً ، ولا يدل ذكرهم دليلا ثانياً وثالثاً . على أن ماذكروه قبله ليس بدليل .

وأيضاً : فقد تقدم نص الشافعى رحمه الله : أن قول الصحابى ـ إذا خالف القياس ـ أنه حجة . وجزم به طائفة من محققى أصحابنا .

وأيضاً : فقد نص الشافعى رحمه الله ـ فى مواضع من الأم ـ على أن قول الصحابى حجة ، وقدمه على القياس فى بعضها .

فمن ذلك فى كتاب الحكم فى قتال المشركين ، فقال مانصه « وكل من يحبس نفسه بالترهب تركنا قتله ، اتباعاً لأبي بكر رضى الله عنه » ثم قال « و إنما قلنا هذا : اتباعاً ، لاقياساً » .

ومنه فى كتاب اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى فى باب الغصب . فقال « إن عثمان رضى الله عنه قضى فيما إذا شرط البراءة من العيوب فى الحيوان برأيه » قال « وهو الذى نذهب إليه ، و إنما ذهبنا إلى هذا تقليداً » هذا لفظه . ثم صرح بأن الأصح فى القياس عدم البراءة .

ومنه فى الكتاب المذكور أيضاً : ما نصه « و إذا أصاب الرجل بمكة حماماً من حمامها . فعليه شاة ، اتباعاً لعموم رأى عثمان ، وابن عباس ، وابن عمر وغيرهم رضى الله عنهم » .

ومنه فى عتق أمهات الأولاد ـ وهو مذكور بعد باب جماع تفريق أهل السهمان مانصه « ولايجوز إلا ماقلنا فيها ـ أى أم الولد ـ وهو تقليد لعمر رضى الله عنه » هذه عبارته .

ومنه « أنه يجب فى الضِّلَع بعير » قال « قلته تقليداً لعمر » وقال فى موضع آخر « قلته تقليداً لعثمان » وقال فى الفرائض « هذا مذهب تلقيناه عن زيد بن ثابت » ولا نستوحش من لفظة التقليد فى كلامه . ولا تظن أنها تنفى كون قوله حجة ، بناء على ماتلقيته من اصطلاح المتأخرين أن « التقليد » قبول قول الغير بغير حجة . فهذا اصطلاح حادث . وقد صرح الشافعى فى موضع من كلامه بتقليد خبر الواحد . فقال « قلت : هذا تقليداً » للخبر .

فائدة

فإن قال التابعى قولاً لا يخالف القياس . فهل يكون حكمه فى ذلك حكم الصحابى ، بأن يجعل فى حكم التوقيف على القول به ، أم يجعل كمجتهداته ؟ قال الشيخ أبو البركات ، فى منتهى الغاية ، فى مسألة من قام من نوم الليل فغمس يده

فى الإناء قبل أن يغسلها ـ فى ضمن كلامه ـ وزوال طهوريته : قول أبى الحسن البصرى ، وهو مخالف للقياس . والتابعى إذا قال مثل ذلك فإنه حجة . لأن الظاهر أنه توقيف عن صحابى ، أو نص ثبت عنده .

وقال أيضاً ـ عن قول أسد بن وداعة فى التخفيف بقراءة يٓس عند المحتضر ـ

قلت : وقد احتج أحمد بقول عطاء « أقل يوم » وقال ذلك أيضاً ابن الأنبارى المتأخر فى حلية العربية فى قول مقاتل « كلام أهل السماء عربى » ولكن ظاهر كلام أصحابنا وغيرهم : أنه ليس بحجة . وذكره ابن عقيل محل وفاق .

وأما إذا تخالف القياس : فجمهور العلماء ـ أحمد وغيره ـ على أنه ليس بحجة للتسلسل . وحكى بعضهم رواية عن أحمد : أنه حجة . قال ابن عقيل : لا يخص العموم ، ولا يقيد به . لأنه ليس بحجة . قال : وعنه جواز ذلك . ثم ذكر قول أحمد « لا يكاد يجىء بشىء عن التابعين إلا يوجد عن الصحابة » .

فعلى هذا : يتوجه قطع التسلسل بالقرون الثلاثة ، لثنائه صلى الله عليه وسلم عليها . أشار إلى ذلك بعض متأخرى أصحابنا .

فائدة

قال القاضى : تفسير الصحابى كقوله . فإن قلنا : هو حجة لزم المصير إلى قوله وتفسيره . وإن قلنا : ليس بحجة . ونقل كلام العرب فى ذلك ، صير إليه ، وإن فسره اجتهاداً أو قياساً على كلام العرب : لم يلزم . ولا يلزم الرجوع إلى تفسير التابعى ، إلا أن ينقل ذلك عن العرب . وعنه : هو كالصحابى فى المصير إلى تفسيره .

قلت : قال بعض أصحابنا : كلام أحمد عام فى تفسيره وغيره .

وقال القاضى أبو الحسين بن القاضى أبى يعلى : إذا لم نقل قول الصحابى حجة . ففى تفسيره وتفسير التابعى روايتان .

فائدة

قال القاضى أبو يعلى : و إذا اختلف التابعون فى الحادثة : جاز لغيرهم الدخول معهم فى الاجتهاد ، إذا كانوا من أهل الاجتهاد .

قلت : وذكر أبو العباس رواية أخرى عن أحمد : أنهم لايدخلون معهم فى الاجتهاد ، و يسقط قولهم معهم . والله أعلم

تمت القواعد

وصلى الله وسلم على محمد وعلى آله وسلم

وهذه الفوائد الملحقة بآخر القواعد

فائدة

القائف . هل هو كحاكم أو شاهد ؟ فى المسألة قولان . الأكثرون : على أنه كحاكم ، وينبنى على هذا الخلاف مسائل .

منهـــا : إذا قلنا : هو حاكم . فتشترط حريته . وإن قلنا : شاهد . فلا تشترط حريته ، بناء على أصلنا فى قبول شهادة العبد .

وفى المسألة وجهان لأصحابنا .

أحدهما ـ وهو الذى جزم به القاضى ، وأبو محمد فى المغنى ، وصاحب المستوعب ـ اشتراط حريته . بناء على أنه حاكم .

والثانى ـ وهو ظاهر كلام أبى محمد فى المقنع ، والكافى ، وأبى الخطاب ـ عدم الاشتراط ، بناء على أنه شاهد .

ومنهـــا : هل يشترط تعدد القائف أم لا ؟ فى المسألة روايتان .

إحداهما : يشترط . نص على ذلك فى رواية محمد بن داود المصيصى ، والأثرم ، وجعفر بن محمد النسائى .

والثانية : يكفى واحد . نص عليه فى رواية أبى طالب ، وإسماعيل بن سعيد . واختاره القاضى ، وصاحب المستوعب .

وهذا الخلاف مبنى ـ عند طائفة من الأصحاب ـ على أنه شاهد أو حاكم ، فلا . وعند طائفة : ليس الخلاف مبنياً على ذلك ، بل الخلاف جار ، سواء قلنا : القائف حاكم أو شاهد . لأنا إن قلنا : هو حاكم. فلا يمتنع التعدد فى الحاكم ، كما نعتبر حكمين فى جزاء الصيد . وإن قلنا : شاهد . فلا يمتنع قبول شهادة الواحد ، كما فى المرأة ، حيث قبلنا شهادتها . والله أعلم .

وعند طائفة : هذا الخلاف مبنى على أنه شاهد أو مخبر . فإن جعلناه شاهداً :

اعتبر العدد ، و إن جعلناه مخبراً : لم نعتبره ، كالخبر عن الأمور الدينية وأبدى الحارثى تخريجاً أنه يكتفى بقائف واحد إذا لم يوجد سواه . أخذا من نص الإمام أحمد ، على الاكتفاء بالطبيب والبيطار ، إذا لم يوجد سواه وأولى . فإن القافة أعز وجوداً منها .

ومنها : هل يعتبر لفظ « الشهادة » فى القائف أم لا ؟ قال بعض المتأخرين : إذا قلنا بالتعدد . فيعتبر لفظ « الشهادة » منهما ، و إلا فلا . وعزاه إلى نص الإمام أحمد . وهذا فيه نظر .

إذ من أصلنا قبول شهادة الواحد فى مواضع .

وعلى المذهب : فيعتبر منه لفظ « الشهادة » وقال أبو الخطاب فى الانتصار : لا يعتبر لفظ « الشهادة » ولو قلنا بالتعدد . وقياسا على المقرين[1] . والله أعلم .

فائدة

إذا غصب جارية ووطئها عالما بالتحريم . وجب عليه الحد بلا خلاف ، ويجب على الجارية ، إذا كانت مطاوعة عالمة بالتحريم . ويجب عليه المهر إن كانت مكرهة . ونص عليه الإمام أحمد فى رواية محمد بن الحكم وغيره .

و إن كانت مطاوعة : فالمذهب الذى عليه الأصحاب : وجوب المهر . وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية ابن منصور . وحكى عن أبى الحسن الآمدى : لا مهر لها مع المطاوعة .

وهذا يتخرج من نص الإمام أحمد فى سقوط ضمان الكلب ، لكونه منهياً عن ثمنه ، ومهر المثل للزانية . فإنه منهى عنه .

إذا تحرر هذا ، فلا فرق بين كونها بكراً ، أو ثيباً . هذا المذهب الذى عليه الأصحاب . ونص عليه أحمد فى رواية محمد بن الحكم . وكذلك مطلق نصه فى رواية إسحاق بن منصور . وعن أحمد : رواية أخرى بانتفاء المهر للثيب . قال

(١) كذا بالأصل .

إسحاق بن منصور : قلت لأحمد : رجل غصب امرأة على نفسها ، ماعليه ؟ قال : عليه الحد ، وليس عليها حد ، وليس لهـا شيء ، إن كانت ثيبا ، وإن كانت بكراً فلها صداق مثلها . وحكاه عن عطاء والزهري .

قال أبو بكر في التنبيه : وبه أقول . للحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أن رجلا استكره امرأة على نفسها . فأقام الحد عليه . ودرأ عنها الحـد . ولم يجعل لها صداقاً » وفي رواية « لامهر للثيب » ذكرها أبو محمد المقدسي .

وكلام أحمد . إنما هو في الحرة ، حيث أضاف الصداق إليها بلام الملك في النفي والإثبات .

والأمة : لاتقبل ذلك ، مع أن الأصحاب أيضاً : إنما حكوا الخلاف في الحرة ـ أبو بكر ، والقاضي في كتاب الروايتين ، والسامري ، وصاحب التلخيص ـ حتى قال في التلخيص بعد ذلك : وإن أكره أمة فالمهر للسيد . بكراً كانت أو ثيباً . رواية واحدة . ففرق بين الحرة والأمة في حكاية الخلاف .

ولعل أبا محمد خرج الأمة على الحرة ، فيكون فيهـا الروايتان . وما أورده أبو بكر في الخبر « ولم يجعل لها صداقاً » قال الحارثي ـ رحمه الله ـ ليس بالمحفوظ ، بل المحفوظ « ولم يذكر أنه جعل لها مهراً وسهماً » فرق .

ويجب أرش البكارة . وهو مابين قيمتها بكراً وثيباً ، ولا تردد في وجوبه بكل حال . وجد الجهل أولا ، أو الطواعية من المرأة أولا ، لوجود النقص في المغصوب . لكن حيث يجب المهر : هل يفرد عنه الأرش ، أو يدخل فيه ؟ المحكي للأصحاب هو الأولى ، لتعدد السبب . فإن المهر وجب لمطلق الوطء ، والأرش وجب لنقص العين .

وذكر في المغني احتمالا بالثاني . لأنه دخل في المهر ، حيث زاد لمزيد البكارة .

قال الحارثي : وهذا واهٍ . اذ لو كان كذلك : لكان الأرش إنما هو تفاوت ما بين مهرها بكراً وثيباً . وليس كذلك ، بل هو تفاوت ما بين القيمتين .

ووجوب الأرش هنا : عكس ماقاله الأصحاب فى الحرة ، حيث جعلوا الأصح فيه عدم الإفراد . ولصاحب المحرر فيه روايتان ، وذكر أنهما منصوصتان .

ثم إذا قيل بالإفراد : فالواجب معه مهر بكر . هذا متحصل كلامه فى المغنى ، لأنه وطء بكر . فكان فيه مهر بكر ، إذ المهر إنما يجب فى مقابلة الوطء .

فإن قيل : كيف أوجبتم – مع ذلك – أرش بكارة ؟

قلنا : لأن الأرش وجب فى مقابلة الإتلاف . ولهذا وجب فيما لو أذهب بكارتها بإصبعه . وهنا قد حصل الإتلاف والوطء . فترتب على كل منهما موجبه.

غاية ما تم حصول المتلف بالاستمتاع . وذلك لا يوجب انتفاء الجمع ، كما لا ينبغى فى الأجرة والأرش ، حيث ينقص الثوب بالاستعمال .

إذا تقرر هذا ، فإذا علقت الجارية منه . فله حالتان .

الحالة الأولى : إذا كان عالماً بالتحريم . فالولد رقيق للسيد . فإن انفصل حياً كان . كالأم فى وجوب الرد والضمان . وإن انفصل ميتاً . فإما لجناية كان أو لا . وبتقدير الجناية : فالجانى إما الغاصب أو غيره .

إن كان الغاصب : ففى المغنى وغيره ، عليه عشر قيمة أمة . قال الحارثى : والأولى أكثر الأمرين من قيمة الولد أو عشر قيمة الأم ، لوضع اليد العادية .

وإن كان غير الغاصب : فعليه ما قلنا من عشر قيمة الأم . يرجع به المالك على من شاء منهما . والقرار على الجانى .

وإن زادت القيمة على العشر يرجع به المالك على الغاصب لوضع يده .

وإن كان لا لجناية جان . ففى وجوب ضمانه وجهان .

أحدهما : عدم الوجوب . وهو قول القاضى أبى يعلى ، وابن عقيل ، وصاحب التلخيص .

والثانى : الوجوب . وهو قول القاضى أبى الحسين . واختاره أبو محمد المقدسى فى المغنى ، والحارثى . والوجهان جاريان فى حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل كذلك .

وإذا قيل: بالضمان فبِمَ يضمن جنين الجارية؟ فيه وجهان.

أحدهما: بالقيمة يوم الانفصال لو كان حياً. والثانى: بالمقدر، وهو عشر قيمة الأم. واختاره أبو محمد المقدسى. ويحتمل وجوب أكثر الأمرين، من المقدور والقيمة. قال الحارثى: وهذا أقيس.

الحالة الثانية: الجهل بالتحريم. والولد إذن حر، لاحق بالغاصب، اعتباراً للشبهة. نص عليه أحمد ـ رحمه الله ـ فى مواضع.

ثم إن انفصل حياً. فعلى الغاصب فداؤه يومئذ. وإن انفصل رقيقاً ميتاً، لأن الرقيق يدخل تحت اليد. بخلاف هذا.

وإن كان لجناية جان: فعلى الجانى الضمان. فإن كان هو الغاصب: فغُرَّةٌ عبدٌ أو أمة، قيمتها خمس من الإبل، موروثة عنه، لايرث الغاصب منها شيئاً، لأنه المتلف. وعليه للسيد عشر قيمة الأم. لأنه مضمون للسيد ضمان المالك.

وإن كان غير الغاصب. فعليه الغرة لمكان الحرية، ويرثها الغاصب دون الأم، لقيام رقها. وعلى الغاصب للمالك عشر قيمة الأم.

ثم إن استوى العشر وقيمة الغرة، أو زادت قيمة الغرة: ضمن الغاصب المالك العشر. ووجب للغاصب ـ فى صورة الزيادة ـ مازاد لحق الإرث. وإن زاد العشر على القيمة: ضمن الغاصب للمالك تمام العشر.

وإن باع الغاصب الجارية، أو وهبها لعالم بالغصب. فهو غاصب ثان، يترتب عليه مايترتب على الأول. وإن لم يعلما بالغصب، وللمالك تضمين أيهما شاء. والولد حر. ويجب فداؤه إذا انفصل حيا على المذهب.

وعن أحمد رواية بانتفاء الفداء.

قال إسحاق بن منصور، فى رجل اشترى جارية مسروقة فحملت. قال: الولد للمشترى. لأنه مغرور، وليس عليه أن يفتديهم لأنه شراء. وعليه العقر. قلت: المهر؟ قال: نعم. ويرجع به على من غَرَّه. وقد وجه بأن الولد انعقد حراً، ولا قيمة له. ولم يعول الأصحاب على هذه الرواية.

قال الخلال : أحسبه قولا قديماً لأبى عبد الله وهل يرجع أحدهما على الآخر إذا ضمن ؟ ملخص ما رجح الأصحاب على مجموع ذلك : أن ما التزم ضمانه بالعقد — كقيمة العين والأجزاء — لا يرجع به ، وما يلتزم ضمانه ولم يحصل به نفع — كفداء الأولاد ونقص الولادة — يرجع به ، وإن لم يلتزم ضمانه ، لكن حصل به منفعة — كالمهر وأرش البكارة والمهر — ففي الرجوع روايتان .

وربما اختلفوا في دخول بعض المفردات ، بالنسبة إلى بعض الأنواع . كأرش البكارة . أدخله المصنف — في المغنى والكافى — فيما لا يرجع به . وكذلك القاضى وابن عقيل ، وصاحب المحرر ، وأدخله أبو الخطاب ، والسامرى ، وصاحب التلخيص وأبو محمد فى المقنع : فى الجنايات فيه . وكنقص الولادة . أدخله القاضى ، وابن عقيل وأبو محمد فى الكافى والمغنى : فيما لا يرجع به . وأدخله الباقون : فيما يرجع به . وهذا الذى ترجموه إنما هو فى البيع .

وأما الهبة : فمقتضى ماقالوه : الرجوع على الإطلاق ، إلاما حصل له به منفعة . فإن أبا محمد فى المقنع ، وأبا البركات . ذكرا فيه روايتين . وأورد فى المغنى وجهين . وهو الصواب . فإنه مقيس على نصه .

تنبيه : قد تقدم أن المشترى إذا ضمن القيمة لا رجوع له بالثمن ؟ لالتزامه ضمانها ، ولكن له الرجوع بالثمن الذى قبضه منه .

وأورد على عدم الرجوع بالقيمة : أن المشترى لم يدخل معه على ضمان القيمة إذا تلفت ومعلوم أنه لو لم يكن مغصوبا لما ضمن . فالغاصب مغرر . فوجب الرجوع عليه دفعاً للضرر .

ومنشأ الجواب : أن الضرر يندفع باسترداد الثمن . وإنما لم يدخل معه على ضمان القيمة . لأن الثمن تسلم للغاصب فى ظنه . فلما لم يسلم له لم يسلم للمشترى مادخل عليه . ولكن ما زاد على الثمن لم يدخل على ضمانه . فوجب الرجوع به دفعاً

للغرر . وهذا احتمال لصاحب التلخيص . وجزم به ابن المنى فى خلافه . قال الحارثى : وهو الحق .

قلت : وإطلاق الأصحاب يقتضى لارجوع للأداء على الثمن . وفيه نظر . ولنا خلاف فى التضمين والرجوع .

ضابطة : هل يستقر الضمان على المباشر بإتلافه ، والمتلف تحت يده ، أم على الغار ، لتسببه إلى تضمين من لم يلتزم الضمان ؟ على وجهين .

وعلى القول بجوازه : فإذا طولب به وضمنه . فهل يرجع به على الآخر ، أم يستقر عليه ، لأنه أخذ منه بحق ؟ على وجهين أيضاً .

وفيه وجه ثالث ، وهو إن كان المطالب الغاصب : يرجع . ولو كان استقراره على غيره ، لقوة عدوانيته بخلاف ما إذا طولب بالآخر ، فإنه يرجع على الغاصب . ذكره أبو الخطاب فى مسائل الطعام .

وفيه رواية أخرى مخرجة : أنه لايستقر على القابض ضمان شىء بالكلية ، سواء دخل على الضمان أم لا . ويستقر الضمان على الغاصب فى ذلك كله .

تنبيه : وإذا أوجبنا فداء الولد . فما الفداء ؟ فى المسألة روايات .

إحدى الروايات : الفداء بغرة . نص على ذلك فى رواية إسحاق بن منصور ، ويعقوب بن بختان . واختارها الخرقى ، وأبو بكر فى التنبيه ، والقاضيان : أبو يعلى ، وأبو يعقوب بن إبراهيم فى تعليقهما ، وأبو الخطاب ، فى رءوس المسائل ، والشريف أبو القاسم الزيدى وغيرهم . قال القـاضى أبو الحسين . والشريف أبو جعفر ، وأبو الحسين بن بكروش : وهى أصح .

والرواية الثانية : القيمة . اختارها أبو محمد المقدسى فى كتابه المغنى فى كتاب النكاح . وحكاه عن نص أحمد فى رواية أبى طالب . وكذلك اختارها أبو الحسين ابن الزاغونى . وصاحب التلخيص .

قال القاضى فى المجرد : وهو أشبه بقوله . لأنه نص على أن الحيوان لامثل له

وعلى هذه الرواية : اعتبار القيمة يوم الولادة هذا المذهب .

وعن ابن أبي موسى حكاية وجه الاعتبار بيوم المحاكمة .

والرواية الثالثة : يخير الواطىء بين الأمرين . نقلها الميمونى فى مسائله . وأوردها القاضي في الجامع ، وولده أبو الحسين ، والشريف أبو جعفر ، وأبو محمد المقدسى فى كتاب النكاح من المغنى . وهى اختيار أبى بكر فى المقنع .

والرواية الرابعة : يفدى كل وصيف بوصيفين . أوردها السامرى وغيره عن ابن أبى موسى فى مغرور النكاح .

تنبيه : إذا قيل بالمثل على الصحيح . فاعتبار المماثلة فى الصفات تقريبا ، من غير نظر إلى القيمة . صرح بذلك القاضى أبو يعلى . فقال : سواء صادف قيمة الولد أو زاد عليه أو نقص ، على ظاهر كلام أحمد فيما وجب اعتباره فى المماثلة : الذكورة والأنوثة . لأن ذلك عام الوجود . فوجب اعتباره لإمكانه . وكذلك الجنس والسن وقد صرح بهما القاضى . وابن عقيل ، وأبو محمد المقدسى فى المغنى عن مدلول كلام الخرقى .

أما الجنس : فظاهر . لأنه متيسر الوجود . وأما السن : فقال الحارثى : لايخلو من نظر و بحث .

وأورد السامرى ، وصاحب التلخيص وجها باعتبار المماثلة فى القيمة ، وهو احتمال أبداه أبو الخطاب ، وأبو محمد . وأثبته صاحب المحرر رواية . ونسب أيضاً إلى اختيار أبى بكر . والله أعلم .

فائدة

مسألة الظَّفَر ، اختلف العلماء فيها . فمنهم من قال بعدم الجواز بكل حال ، وهو قول مجاهد ، والحسن ، وعطاء الخراسانى ـ ومالك فى رواية ـ وأحمد . واحتج أحمد فى مواضع بقول النبى صلى الله عليه وسلم « أدّ الأمانة إلى من ائتمنك . ولا تخن من خانك » .

واستدلاله بالحديث يدل على ثبوته . ولهذا جعله القاضى أبو يعلى رواية عنه بثبوت الحديث ، وهو يخالف رواية مهنا عنه بإنكاره .

واحتج أيضاً : بأنه « لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه » .

وأما من قال بالجواز : فلقوله صلى الله عليه وسلم لهند « خذى مايكفيكى وولدك بالمعروف » وهو قول الشعبى ، وعكرمة ، وابن سيرين ، والنخعى ، ومالك، فى المشهور عنه ، والشافعى ، وأبى ثور .

وخرّجه بعض أصحابنا رواية عن أحمد فى جواز أخذ الزوجة من مال زوجها نفقتها ونفقة ولدها بالمعروف . وقد نص أحمد على التفريق بينهما . فلا يصح التخريج المذكور .

وأشار إلى الفرق بأن المرأة تأخذ من بيت ولدها . يعنى : أن لها يداً وسلطاناً على ذلك . وسبب النفقة ثابت وهو الزوجية . فلا تنسب بالأخذ إلى خيانة .

وكذا أباح فى رواية عنه أخذ الضيف من مال من نزل به ولم يَقْرِه بقدر قِراه . كما ورد فى الحديث لظهور سببه . ومتى ظهر سببه : لم ينسب الآخذ إلى الخيانة .

وعكس ذلك طائفة من الأصحاب . وقالت : إذا ظهر السبب لم يجز الأخذ بغير إذن . لإمكان البينة عليه ، بخلاف ما إذا خفى عليه . فإنه يتعذر وصول حقه إليه حينئذ بدون الأخذ خفية

وأجاب القاضى أبو يعلى عن حديث هند « خذى مايكفيكى وولدك بالمعروف » بجوابين

أحدهما : أن الأخذ هنا لإحياء النفس ، ولذلك جاز بدون إذن كأخذ المضطر مال غيره .

الجواب الثانى : أن قوله « خذى » حكم فُتْيا ، ومع حكم الحاكم يجوز الأخذ بغير إشكال . وقد أشار أحمد ــ فى رواية حرب عنه ــ إلى الفرق بين الأخذ

من الأمانات ، كالودائع . وهى غير الأمانات . فقال فى الأمانات : لا يأخذ ، للأمر برد الأمانات إلى أهلها . وقال فى غير الأمانات : فيه اختلاف . وكأنه كرهه .

وممن فرق بين الأمانات وغيرها ، وأباح الأخذ من غير الأمانات : الأوزاعى . ذكره عنه حرب بإسناده .

وروى الزبيرى عن مالك أنه قال : يقبض الحيوان من الذهب والفضة . إلا أن يكون فرخا .

وحكى الترمذى عن سفيان : أنه يأخذ من الجنس ولا يأخذ من غيره ، حتى لا يأخذ من أحد النقدين عن الآخر . وهو قول أبى حنيفة وأصحابه .

ونقل وكيع عن سفيان أنه قال : يقبض الذهب من الذهب والفضة من الفضة . ولا يقبض عروضا ولا حيواناً من ذهب ولا فضة . قال وكيع : وكذا أقول .

إذا تقرر هذا ، فتلخيص الخلاف فى المسألة :

أن العلماء اختلفوا فى أصل المسألة فى الأخذ ، على قولين : الجواز . وعدمه .

لكن القائلون بالجواز اختلفوا على أقوال . هل هو عام فى كل شىء . أم يجوز ، وإذا كان سبب الحق ظاهراً كالزوجة والرهن ، إذا كان مركوباً ، أو محلوباً ، والسلعة عند المفلس أو عكسه ؟ أو يفرق بين الأمانات وغيرها ، أو بقبض الحيوان من الذهب والفضة ، إلا أن يكون فرجاً ، أو يفرق بين الجنس وغيره ، أو يقبض الذهب من الذهب والفضة من الفضة ، ولا يقبض حيواناً ولا عروضاً من ذهب ولا فضة ؟

واختار أبو العباس الجواز فيما إذا كان الحق ثابتاً ظاهراً ، أو ثابتاً ببينة أو إقرار .

والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب . وإليه المرجع والإياب . والحمد لله رب العالمين .

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم أجمعين تسليما أبداً .

ووافق الفراغ من نسخ هذا الكتاب يوم السبت التاسع والعشرين من شهر رجب الفرد سنة ثمان وستين وثمانمائة .

على يد الفقير الواثق بالله اللطيف العلي عبد المنعم بن على بن مفلح الحنبلى . لطف الله تعالى به ، وعفا عنه بمنه وكرمه .

وكان الفراغ من طبعه بمطبعة السنة المحمدية فى غرة ذى الحجة الحرام سنة ١٣٧٥ من هجرة الرسول عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام .

وأسأل الله أن يشكر للأخ الكريم الأستاذ فؤاد السيد مدير قسم المخطوطات بدار الكتب المصرية . فقد كان نعم العول على إخراج هذا الكتاب بتيسير الوصول إلى أصل المخطوط و بالمعاونة على تصحيحه .

وأرجو من القارىء الكريم أن يغض الطرف عما سيرى من بعض الغلط و يغفر . فإن الله غفور رحيم . وهو مولانا الذى نرجو منه المثو به وحسن الجزاء . وهو يتولى الصالحين . وصلى الله وسلم و بارك على عبد الله الكريم ورسوله الأمين محمد وعلى آله أجمعين .

كتبه فقير عفو الله ورحمته

محمد حامد الفقى

القواعد والفوائد الأصولية

وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية

تأليف

الشيخ العلامة ، قدوة الأنام ، ورحلة الطالبين الأعلام

أبى الحسن ، علاء الدين « ابن اللحام »

على بن عباس البعلى الحنبلى

٧٥٢ - ٨٠٣ هـ

رحمه الله تعالى

بتحقيق وتصحيح

محمد حامد الفقي

١٣٧٥ هـ - ١٩٥٦ م

مطبعة السنة المحمدية

١٧ شارع شريف باشا الكبير ـ القاهرة

ت ٧٩٠١٧

كان للأخ الأديب الأستاذ « فؤاد السيـد » رئيس قسم المخطوطات بدار الـكتب المصرية ، سعى مشكور وعمل مبرور ، فى المساعدة على إخراج وتصحيح هذه « القواعد » .

فجزاه الله خير الجزاء . و بارك فيه لخدمة العلم ، ونشر الثقافة الإسلامية ، لإنارة السبيل للناس .

ترجمة المؤلف

من الضوء اللامع فى أعيان القرن التاسع

للسخاوى (ج ٥ ص ٣٢٠ رقم ١٠٦٢)

على بن محمد بن على بن عباس بن شيبان ، العلاء ، البعلى . ثم الدمشقي . الحنبلى . ويعرف بابن اللحام . وهى حرفة أبيه .

ولد بعد الخمسين وسبعمائة ببعلبك . ونشأ بها فى كفالة خاله . لكون أبيه مات وهو رضيع . فعلمه صنعة الكتابة .

ثم حُبِّبَ إليه الطلب . فطلب بنفسه .

وتفقه على الشمس بن اليونانية. ثم انتقل إلى دمشق . وتلمذ لابن رجب وغيره وبرع فى مذهبه . ودرس وأفتى . وشارك فى الفنون .

وناب فى الحكم . ووعظ فى الجامع الأموى فى حلقة ابن رجب ، بعده . وكانت مواعيده حافلة . ينقل فيها مذاهب المخالفين محررة من كتبهم ، مع حسن المجالسة ، وكثره التواضع .

ثم ترك الحكم بأَخَرة . وانجمع على الاشتغال .

ويقال : إنه عرض عليه قضاء دمشق استقلالاً ، فأبى

وصار شيخ الحنابلة بالشام ، مع ابن مفلح . فانتفع الناس به

وقدم القاهرة ، بعد الكائنة العظمى بدمشق(١) . فسكنها

وولى تدريس المنصورية ، ثم نزل عنها . وعين للقضاء ، بعد موت الموفق ابن نصر الله . فامتنع ، فيما قيل .

ومات بعد ذلك بيسير فى يوم عيد الأضحى ــ وقال المقريزى : عيد الفطر ــ سنة ثلاث وثمانمائة . وقد جاوز الخمسين .

وذكره شيخنا ــ الحافظ ابن حجر العسقلانى ــ فى « إنباء الغمر » وهو فى « عقود المقريزى » .

---

(١) غزوة التتار للشام .

وقال الحافظ ابن حجر فى إنباء الغمر :

على بن محمد بن علي بن عباس بن شيبان البعلى ، ثم الدمشقى الحنبلى ، علاء الدين ، المعروف بابن اللَّحام ، ولد بعد الخمسين [وسبعمائة] وتفقه ببلده - بعلبك - على شمس الدين بن اليونانية ، ثم انتقل إلى دمشق ، وبرع فى مذهبه ، ودرس وأفتى وناب فى الحكم . ودرس فى الجامع الأموى فى حلقة ابن رجب بعده .

وكان يعمل مواعيد نافعة . ويذكر مذاهب المخالفين ، وينقلها من كتبهم محررة .

وكان حسن المجالسة ، وكثير التواضع .

وترك الحكم بأخرة ، وانجمع على الاشتغال .

ويقال : عرض عليه قضاء الشام استقلالا ، فامتنع .

وتتلمذ لابن رجب وغيره . وشارك فى الفنون .

وقدم القاهرة بعد الكائنة العظمى بدمشق -سمع حبل[1] عند أخذ تيمورلنك حلب - فسكنها . وولى تدريس المنصورية . ثم نزل عنها .

وكان أبوه لحاماً . فمات وعلاء الدين رضيع . فرباه خاله . وعلمه صنعة الكتابة ثم حبب إليه الطلب . فطلب بنفسه . ونجب إلى أن صار شيخ الحنابلة بالشام مع ابن مفلح ، فانتفع الناس به .

وعين للقضاء بعد موت موفق الدين بن نصر الله ، فامتنع على ما قيل .

ومات بعد ذلك بيسير فى يوم عيد الأضحى ، وقد جاوز الخمسين .

---

(١) كذا فى الأصل المخطوط . ولعلها « حين سمع بها الخ »

وقال صاحب شذرات الذهب :

وفيها ـ فى سنة ثلاث وثمانمائة ـ علاء الدين أبو الحسين على بن محمد بن عباس بن شيبان البعلى المعروف بابن اللحام ، شيخ الحنابلة فى وقته .

اشتغل على الشيخ زين الدين ابن رجب .

قال البرهان بن مفلح فى طبقاته : و بلغنى أنه أذن له فى الإفتاء .

وأخذ الأصول عن الشهاب الزهرى ، ودرس ، وناظر .

واجتمع عليه الطلبة ، وانتفعوا به . وصنف فى الفقه والأصول .

فمن مصنفاته « القواعد الأصولية » و « الأخبار العلمية » و « اختيارات الشيخ تقى الدين بن تيمية » و « تجريد أحكام النهاية » .

وناب فى الحكم عن قاضى القضاة علاء الدين بن المنجى ، رفيقاً للشيخ برهان الدين بن مفلح . ثم ترك النيابة . وتوجه إلى مصر . وعين فى وظيفة القضاء بها ، فلم ينبرم ذلك .

واستقر مدرس المنصورية إلى أن توفى يوم عيد الفطر ـ وقيل الأضحى ـ وقد جاوز الخمسين .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، وصلاته على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين .

أما بعد : فإنه لما كان كشف المسائل ، من كتاب القواعد ، التي هي للشيخ العلامة ، أقضى القضاة : علاء الدين على بن عباس البعلى الحنبلى ، تغمده الله برحمته عسراً مطولا . اجتهدت فى جمع مسائله حسب الإمكان ، ورتبتها على أبواب الفقه ، لا على ترتيب الكتاب ، وفهرسته جهد الطاقة ، لا على فهرست القواعد ، التي هى للعلامة زين الدين بن رجب . تغمده الله برحمته .

فإذا أردت المسألة من أى القواعد هى : فانظر إلى حروف الْجُمّل الصغير ، مرموزة بالأحمر عقيب كل مسألة .

مثال ذلك : إذا كان عقيب المسألة دى . فاعلم أن الياء بعشرة ، والدال بأربعة . فاعمد إلى القاعدة الرابعة عشر . تجد المسألة فى القاعدة المذكورة .

وذكرت أيضاً : القواعد الأصولية كلها فى آخر الفهرست ، مرتبة متوالية . وذكرت مافى كل قاعدة من التنبيهات والفوائد الأصولية فى نفس قاعدتها . ليسهل الكشف على من أراده ، وربما تكون المسألة من مسائل الفقه فى أثناء كلام المصنف . وهى معلمة لها فى الفهرست . فاطلبها تجدها إن شاء الله تعالى .

باب المياه والآنية ، والاستنجاء

إذا شك فى طهارة الماء أو نجاسته (١)[1] إذا أجزنا له التحرى فى الماء والثياب المشتبهة (١) إذا خفيت عليه النجاسة (١) المستجمر إذا أتى بالعدد المعتبر (١) إذا خلت المميزة بما يسير فى طهارتها (٢) لو اشتبه عليه الماء الطاهر بالطهور (١٦) وأيضاً : لو اشتبه الماء الطاهر بالطهور (١٧) إذا اشتبه عليه الماء الطاهر بالنجس (١٧) إذا اشتبه عليه الثياب الطاهرة بالنجسة (١٧) المتخلى . هل الأفضل

(١) هذه الأرقام التى بين قوسين . تشير إلى رقم القاعدة .

له استعمال الحجر أو الماء ؟ (٢٠) هل يصح الاستدلال على طهورية كل ماء نزل من السماء أو نبع من الأرض . يقول الله تبارك وتعالى (وننزل من السماء ماء ليطهركم به) (٥٥) .

باب من الوضوء إلى الحيض

إذا شك المتوضىء فى عدد الغسلات . هل يجوز للرجل دخول الحمام مع ظن السلامة (١) إذا تيقن الطهارة وشك فى الحدث أو عكسه؟ (١) إذا رأى منياً فى ثوب لاينام فيه غيره (١) النوم المستقل . هل ينقض الوضوء (١) إذا جامع أو جومع ، وكان مثله يطأ؟ يعنى : المميز هل يجب عليه الغسل ؟ (٢) إذا أوجبنا الترتيب والموالاة فى الوضوء . فهل يسقط بالنسيان ؟ (٣) إذا أوعيت التسمية فى الوضوء والغسل والتيمم . هل يسقط بالنسيان ؟ (٣) إذا قلنا : لمس الذكر ينقض الوضوء إذا كان عامداً . هل ينقض وضوء الناسى ؟ (٣) إذا نسى الماء وتيمم (٣) إذا أكره على الوضوء . هل يصح ؟ (٦) إذا قلنا : باشتراط التسمية فى طهارة الحدث على المسلمة . فهل يشترط على الكافرة فى غسل الحيض ؟ (٧) الذمى . هل يمنع من قراءة القرآن ؟ (٧) إذا قلنا : إن الكافر لايلزمه غسل إذا أسلم . فإن وجد منه سبب قبل إسلامه (٧) هل يشترط لغسل الذمية من الحيض نية ؟ (٧) إذا أوجبنا الترتيب والموالاة . فهل يسقطان بالجهل؟ (٣) إذا قلنا . أكل لحم الإبل ينقض الوضوء . فهل ينقض بالجهل؟ (٣) المضمضة والاستنشاق . هل يسميان فرضاً أو واجباً أو سنة (١٠) إذا وصل عادم الماء . وقد ضاق الوقت (١٤) لو توضأ بما يجوز له الطهارة ظاهراً ، ثم بان نجسا (١٦) لو شك ماسح فى بقاء المدة (١٦) لو رأى سواداً فظنه عدواً أو سبعاً . فتيمم وصلى . فبان بخلافه (١٦) لو نسى الماء وتيمم (١٦) غسل المرفقين فى الوضوء . هل يجب ؟ (١٧) لو خلق له يدان وكانتا متساويتان (١٧) لو كان تحت أظفاره وسخ يسير (١٧) لو خرج منه شىء لم يتيقن . هل هو منىّ أو مذىّ وكان بالغاً (١٧) لو خفى عليه موضع النجاسة .

(١٧) إذا مسح رأسه كله دفعة واحدة . وقلنا : الفرض منه قدر الناصية أو بعده . (١٣) المسح على الخفين . هل هو رخصة ؟ (٢٢) المسح على الخفين . هل هو أفضل من الغسل ؟ (٢٢) التيمم وأكل الميتة عند الضرورة . هل يسميان رخصة ؟ (٢٢) ماقاله بعضهم : إن وجوب الترتيب فى الوضوء والبداءة فى الصفا والمروة على أن الواو للترتيب (٢٩) هل يدخل المرفقين والكعبين فى الوضوء وجوبا ؟ (٣٤) قوله تعالى (٦ : ٥ فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) (٣٧) هل يستقيم الاستدلال على نقض الوضوء بقول النبي صلى الله عليه وسلم لما سئل عن التوضى من لحوم الإبل . فقال : نعم أم لا ؟ (٤٥) دعوى أن الأصل فى الأبوال كلها النجاسة (٥٢) إذا قلنا : إن التيمم لا يرفع الحدث . هل يبطل بخروج الوقت ؟ (٦٣) إذا نوى المتيمم رفع الحدث (٦٣) .

باب الحيض

إذا قلنا : المستحاضة تجلس ستاً أو سبعاً . هل الجلوس بالتشهى ، أو بغلبة الظن ؟ (١) إذا أوجبنا الكفارة على البالغ فى وطء الحائض . فهل تجب على الصبى ؟ (٢) إذا جامع زوجته الحائض ناسياً الحيض . وقلنا : تلزم الذاكر الكفارة . فهل تلزم الناسى ؟ (٣) إذا أوجبنا الكفارة فى وطء الحائض على المختار . فهل يجب على المكره (٦) إذا أوجبنا الكفارة فى وطء الحائض على العالم فهل تجب على الجاهل ؟ (٣) إذا علمت المستحاضة انقطاع دمها فى وقت معين يتسع لفعل الصلاة (١٦) و بعدها أن تعتاد المرأة وجود الحيض فى أثناء الوقت (١٦) المبتدئة إذا قلنا : تجلس يوماً وليلة . هل يجوز لزوجها وطأها بعد ذلك ؟ (١٦) والنفساء . إذا ظننا نسيان القرآن (١٧) صحة الاستدلال على منع الحائض من قراءة القرآن بقوله صلى الله عليه وسلم « لاتقرأ الحائض ولا الجنب شيئاً من القرآن (٥٤) .

كتاب الصلاة وما يتعلق بها إلى الجنابة

لو شك المصلى فى عدد الركعات (١) إذا غلب على ظن المصلى وجود الماء (١) لو خاف المصلى هدم سور أو ضم خندق إن صلى آمناً (١) ماذكره ابن عقيل وغيره . هل يجوز الإقدام على فعل لايعلم جوازه (١) إذا غلب على ظن المصلى دخول الوقت ؟ (١) هل تجب الصلاة على المميز ؟ (٢) إذا لم توجب الصلاة على المميز وفعلها (٢) أذان المميز للبالغ (٢) عورة الحرة المراهقة (٢) إمامة المميز بالبالغ (٢) مصافة المميز للبالغ (٢) إذا نسى الصلاة . هل تلزمه قضاؤها على الفور ؟ (٣) لو نسى الركوع والسجود والطهارة . وفى ضمنها : لو نسى السترة (٣) لو نسى وصلى فى ثوب حرير (٣) إذا صلى وعليه نجاسة علمها قبل الصلاة ، ثم نسيها وصلى (٣) إذا تكلم فى الصلاة ناسياً (٣) إذا نسى وأكل أو شرب فى الصلاة (٣) العمل المستكثر من غير جنس الصلاة ناسياً (٣) إذا أوجبنا الترتيب فى قضاء الفوائت.هل يسقط بالنسيان ؟ (٣) هل يجب قضاء الصلاة على المغمى عليه ؟ (٤) لو أكره على الحدث فى الصلاة (٦) لو أكره على الكلام فى الصلاة (٦) المرتد إذا أسلم هل يلزمه قضاء ماترك من العبادات ؟ (٧) هل يجوز لكافر لبس الحرير ؟ (٧) إذا تكلم فى الصلاة جاهلا بتحرى مالك (٨) إذا أوجبنا الترتيب فى قضاء الفوائت . هل يعذر بالجهل ؟ (٨) إذا عتقت الأمة فى الصلاة ولم تكن مستترة بسترة حرة جاهلة وجوب الستر (٨) إذا صلى وعليه نجاسة وجهل حكمها (٨) إذا قلنا لاتصح الصلاة فى المقبرة وأخواتها . فإذا كان جاهلا بالنهى (٨) إذا قلنا : لاتصح صلاة الفرض فى الكعبة . فإن كان غير عالم بالنهى (٨) إذا قلنا : لاتصح الصلاة فى ثوب حرير أو مغصوب . فصلى وهو جاهل بالنهى (٨) واجبات الصلاة هل تسقط بالجهل ؟ (٨) إذا أكل أو شرب فى الصلاة جاهلا (٨) لو قام الإمام إلى ركعة زائدة وسبح به اثنان (٨) إذا قلنا : لاتصح صلاة الرجل فذاً خلف الصف . فلو كان غير عالم بالحديث (٨) إذا فعل فعلا مستكثراً من غير جنس الصلاة

جاهلا بالتحريم (٨) لو فرق الإمام المأمومين فى صلاة الخوف أربع فرق (٨) الصلاة مشتملة على فروض وواجبات (١) إذا دخل وقت الصلاة على المكلف، ثم جن، أو حاضت المرأة قبل أن يمضى زمن يسعها (١٤) إذا سافر بعد دخول وقت الصلاة. فهل يجوز له قصر الصلاة؟ (١٤) إذا مات من أبيح له التأخير فى أثناء وقت الصلاة قبل الفعل، وقبل ضيق الوقت، وتمكن من الأداء (١٤) إذا قدر شرط العبادة فى أول الوقت، دون آخره (١٦) إذا صلى خلف شخص يظنه غير مبتدع. فبان مبتدعاً (١٦) لو ظن سجود سهو فسجد ثم تيقن أن لاسهو (١٦) إذا حمل نجاسة ظاناً أنها من الطاهرات. فبان بخلافه (١٦) إذا غلب على ظنه أن الصلاة قد تمت فتكلم (١٦) من صلى صلاة أخوف لشىء ظنه عدواً. فبان بخلافه (١٦) وفى ضمنها لو ظن المحدث أنه متطهراً فبان محدثاً. لو أسلم الكافر ولم يعلم وجوب الصلاة والصوم، ثم علم بعد مدة (١٦) ولو صلى خلف من يظنه طاهراً من الأحداث. فبان بخلافه (١٦) لو ظن دخول الوقت فصلى. فبان بخلافه (١٦) إذا خفيت عليه القبلة. هل يتحرى؟ (١٦) لو ظن من خفيت عليه القبلة جهة باجتهاده وصلى إلى غيرها. فبانت هى القبلة (١٦) لو صلى من اشتبهت عليه القبلة من غير اجتهاد، ولا تعليل، ثم بان مصيبا (١٦) لو ظن كفر شخص، أو دونه. فائتم به. فبان بخلافه (١٦) ماسئل عنه إمامنا عن رجل صلى بقوم العصر. فظنها الظهر (١٦) لو أحرم بفرض من رباعية، ثم سلم من ركعتين يظنها جمعة أو فجراً (١٦) لا يصح اقتداء الرجل ولا الخنثى بالخنثى فإن صلى خلف من يعلمه خنثى، ثم بان بعد الصلاة رجلا (١٦) لو نسى صلاة من خمس (١٧) لو نسى ظهراً أو عصراً من يومين ولم يعلم أيهما الأولى (١٧) إذا أدرك الإمام فى الركوع بعد فوات قدر الأجزاء (١٨) هل الأفضل فى السفر القصر والفطر أم لا؟ (٢٢) تنبيه: هل الكراهة فى السفر مانعة من الترخص؟ (٢٢) سجدة «ص» هل هى من عزائم السجود؟ (٢٢) الجمع بين الصلاتين. إذا قلنا:

هل هو أفضل؟ (٢٢) من الرخص ماهو مكروه . كالسفر للترخص . وقصد المساجد لإعادة الجماعة (٢٢) الأمر بحمل السلاح فى صلاة الخلاف . هو أمر بعد حظر ؟ (٤٤) هل يستقيم الاستدلال على وجوب الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم بقوله عليه السلام « لم قيل : يارسول الله . قد علمنا كيف نسلم عليك . فكيف نصلى عليك ؟ قال : قولوا : اللهم صلى على محمد » ؟ (٤٥) إذا سمع مؤذناً بعد آخر . فهل يستحب إجابة الجميع ؟ (٤٦) قضاء الصلوات المفروضات هل تجب على الفور أو التراخى ؟ (٤٧) دعوى جواز التكبير فى الصلاة بقول المصلي الله أكبر أو الكبير (٤٢) دعوى جواز السلام للخروج من الصلاة بقوله : عليكم السلام وسلام عليكم والسلام عليكم (٤٢) هل يجيب المؤذن نفسه ؟ (٤٨) عورة الأمة . هل هى كالحرة ؟ (٥١) إذا قلنا : بوجوب الجماعة . فهل تجب على العبد ؟ (٥١) هل الأفضل فى السفر الفطر مطلقاً سواء وجد مشقة أم لا ؟ (٦١) القراءة الشاذة . هل تنزل بمنزلة الخبر فى الاحتجاج ؟ (٦٢) إذا ظن دخول وقت الصلاة . فأحرم بفرض . فبان قبل وقته (٦٣) لو ائتم بصبي فى الفرض (٦٣) لو أحرم بفرض ، ثم نفله تطوعا (٦٣) إذا قلنا : لاتصح الفرضية فى الكعبة فصلى فيها الفرض (٦٣) لو ائتم مفترض بمتنفل (٦٣) إذا كبر لإحرام الفرضية قاعدة (٦٣) إذا قلنا : لاتصح صلاة الفذ فأحرم بفرض فذا (٦٣) حيث قلنا : تبطل الجمعة بخروج الوقت . فهل تنقلب ظهراً أو يستأنفونها ؟ (٦٣) .

كتاب الجنائز

هل يتابع فى تكبير الجنازة إذا زاد على أربع . وظن بدعة المصلى ؟ (١) إذا تبع الجنازة منكراً (١) من دفن فى مقبرة مسبلة (١) هل يجوز نقل الميت غير الشهيد إلى مكان آخر (١) هل يحرم على المرأة زيارة القبور ؟ (١) هل يجوز للصبي الذى له سبع سنين غسل المرأة ؟ (٢) جواز كون الصبي غاسلاً للميت (٢)

لو بلغ مال غيره . هل يشق جوفه ؟ (١٦) لو اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار (١٧) الأمر بزيارة القبور . هل هو على سبيل الاستحباب أو الإباحة ؟ (٤٤) .

كتاب الزكاة وما يتعلق بها

لو كان معه مال حلال وحرام . هل يتصدق بما يراه حراماً ؟ (١) من أراد الصدقة بماله كله (١) لو تيقن سبق الوجوب وشك فى مقدار ماعليه إذا علم المزكى المدفوع إليه أهلا للزكاة (١) إذا امتنع من الزكاة (٢) إذا اتلف النصاب قبل إمكان الأذى (٤) إذا ظن أن عليه زكاة فأخرجها ، ثم بان أنه لاشىء عليه (١٦) لو دفع الزكاة إلى من يظنه مستحقاً لها . فبان بخلافه (١٦) لو دفع الزكاة إلى من يظنه غير أهل لها . فبان أهلا (١٦) لو أدى عن خمس من الإبل بعيراً (١٨) إذا أخرج فى الزكاة شيئاً أعلى من الواجب (١٨) هل الأفضل تعجيل الزكاة إذا كمل النصاب أم لا ؟ (٢٢) أداء الزكاة مع القدرة . هل تجب على الفور أم لا ؟ (٤٧) إذا ملك السيد عبده مالا . فهل تجب زكاته على العبد ؟ (٥١) إذا ظن رب رب المال أن عليه زكاة فأخرجها ، ثم بان بخلافه (٦٣) وفى ضمنها إذا عجل الزكاة فدفعها إلى فقير فبان بخلافه .

كتاب الصيام

وما يتعلق به الأسير إذا اشتبهت عليه الأشهر

إذا شك فى طلوع الشمس فى رمضان (١) لو أدخل إلى جوفه شيئاً (١) الصائم إذا غلب على ظنه أنه إذا قبل أنزل (١) هل يجب الصوم على المميز (٢) لو أكل أو شرب المكلف بالصوم ناسياً (٣) وفى ضمنها الاحتجاج ناسياً والاستقاء ناسياً (٥) إذا نوى الصوم ليلا ثم أغمى عليه جميع النهار (٤) إذا أكره الصائم على الأكل والشرب (٦) إذا أكره على الجماع (٦) إذا أكل الصائم

أو احتجم وكان جاهلا بتحريم ذلك (٨) إذا بلغ الصبي مفطراً (١٤) إذا أخر قضاء رمضان لعذر ثم مات قبل زواله (١٤) إذا جامع فى رمضان لعذر ، ثم مرض (١٤) لو سافر فى أثناء يوم رمضان (١٤) لو أكل يظن أو يعتقد أنه ليل . فبان نهاراً (١٦) إذا اشتبهت الأشهر على الأسير (١٦) إذا أكل الصائمون « عدة شعبان » على ظن بقائه ، ثم كذب ظنهم فى النهار (١٦) لو ظن الأسير أن الشهر لم يدخل فصام ، ثم تبين أنه رمضان (١٦) هل يجب على الصائم إمساك جزء من الليل؟ (١٧) هل يجب صوم يوم الغيم ؟ (١٧) الفطر فى السفر هل يستحب ؟ (٢٢) قول النبي صلى الله عليه وسلم « فإذا كان صوم يوم أحدكم فلا يرفث ولا يجهل . الحديث » (٣٨) من أفسد صوم يوم رمضان بما يوجب الكفارة ، ثم مات : هل تسقط عنه الكفارة ؟ (٥٠) هل يجوز المريض الخائف من التلف . الصوم ؟ (٦٣) .

كتاب الاعتكاف

إذا خرج المعتكف من المسجد ناسياً (٣) إذا قلنا مباشرة المعتكف تفسد إذا كان عامداً . فإذا باشر ناسياً (٣) لو أكره المعتكف على الخروج من المسجد (٦) اعتكاف العبد بغير إذن سيده (٥٩) .

كتاب الحج وما يتعلق به

إذا شك الطائف فى عدد الطواف (١) وإذا شك رامى حصا الجمار فى حصاة (١) هل لابد من حصا الجمار أن يحصل فى المرمى (١) إحرام المميز بإذن وليه (٢) إذا جامع الحاج ناسياً قبل التحلل الأول (٣) إذا أوجبنا الدم على من قدم الحلق عامداً ففعل ذلك ناسياً (٣) إذا قلنا : إن السعى ركن فأين محله ؟ (٣) لو حلق المحرم رأسه ، وقلم أظفاره ، أو قتل صيداً ناسياً . هل تجب الكفارة ؟ (٣) لو حصل بعرفة مغمى عليه (٤) هل يبطل الإغماء الإحرام ؟ (٤)

إذا أكره الحاج على الوطء قبل التحلل الأول (٦) لو أكره المحرم على حلق رأسه (٦) المحرم إذا أكره على قتل الصيد (٦) إذا أسلم الكافر بعد تجاوز الميقات (٧) لو أتلف الكافر صيداً فى الحرم (٧) إذا جامع فى إحرامه جاهلا (٨) لو لبس الحاج أو غطى رأسه جاهلا (٨) لو أوجبنا الدم على من قدم الحلق . فإن كان جاهلا (٨) الحج مشتمل على فروض وواجبات (١٠) وفى أثناء القاعدة : إذا وجب سبع بدنة ، فذبح بدنة كاملة . فهل الجميع واجب أم السبع ؟ (١١) إذا أحرم الإنسان وفى يده صيداً (١٤) إذا أيسر من لم يحج . ثم مات (١٤) إذا مسّ المحرم طيباً يظن أنه يابساً . فبان رطباً (١٦) إذا أكمل الحاج ذو القعدة ووقفوا فى التاسع فبان وقوفهم فى العاشر أو الثامن (١٦) إذا وجبت عليه شاة ، فذبح بدلها بدنة (١٨) إذا أحرم الواطىء حال وطئه (٢١) هل يجب على الرجل أن يخرج مع أموله فى الحج ؟ (١٤) أداء الحج والعمرة . هل يجبان على الفور ؟ (٤٧) وجوب الحج على العبد (٥٩) الإحرام بالحج قبل أشهره (٦٣) لو أشار إلى حيوان معيب . فقال : جعلت هذا أضحية (٦٣) .

كتاب البيع

هل يصح بيع ماقصد به الحرام (١) بيع المميز بإذن وليه (٢) لو باع شيئاً، أو اشتراه ، ثم أغمى عليه فى المجلس (٢٤) لو أكره على البيع بغير حق (٢) عقود المكره و إقراره (٢) إذا ثبت خيار المجلس فى صورة فأكره أحد المتعاقدين على مفارقة صاحبه (٢) إذا اشترى آبقاً يظن أنه لايقدر على تحصيله . فبان بخلافه (١٣) إذا باع مال أبيه . يظنه حياً . فبان ميتاً (١٦) إذا باع مال غيره يظن أنه لم يوكله فبان أنه وكله (١٦) إذا قبض العين فى العقد الباطل . هل تكون مضمونة (٢١) حيث جعلنا العقد محرماً . هل يكون فاسداً ؟ (٢١) إذا شرط الخيار فى البيع إلى الليل (٣٥) إذا قال رجل لآخر : بع ما شئت من مالى (٣٧) دعوى أن الأصل جواز البيع فى كل ماينتفع به (٥٢) تصرف العبد بالشرك فى الذمة

هل هو ناقد صحيح ؟ (٥٩) فائدة : هل يجرى الربا بين العبد وسيده ؟ (٥٩) جواز بيع العرايا (٦١) وفيها الاعتراض على الحديث الذى فى العرايا من الكافى

باب السلم والرهن والضمان والحوالة والوكالة

الوكالة فى الخصومة هل تجوز (١) فى أثناء القاعدة . إذا جنى العبد المرهون جناية موجبة للمال (١١) إذا أرهن المرتهن فى التصرف ، ثم رجع قبل تصرف الراهن ولم يعلم (١٦) لو احتال على شخص يظنه مليا . ورضى بالحوالة ، ثم بان مفلساً (١٦) لو وكل شخصاً فى التصرف فى شىء ، ثم عزله ولو يعلم الوكيل أو مات الموكل ، ثم تصرف الوكيل بعد ذلك (١٦) المخالفة من الوكيل . هل تقتضى فساد الوكالة ؟ (٢١) إذا أجل المسلم أو غيره من الديون إلى المحرم (٣٢) لو قال لوكيله : تصدق من مالى (٣٧) الأمر بقبول الحوالة على الملىء (٤٤) أداء ديون الآدميين عند المطالبة . هل تجب على الفور ؟ (٤٧) إذا وكل عبده أو غريمه بإعتاق عبيده أو أبرأ غرمائه . هل يملك عتق نفسه أو إبرائها (٤٨) الوكيل فى البيع . هل له الشراء من نفسه ؟ (٥٨) الوكيل فى نكاح امرأة . هل له أن يتزوجها من نفسه ؟ (٥٨) المأذون له أن يتصدق بمال . هل أن يأخذ منه لنفسه ؟ (٥٨) توكيل العبد . هل يصح ؟ (٥٩) ضمان العبد بغير إذن سيده (٥٩) إذا أحال المشترى البائع بثمن المبيع فلم يقبض حتى فسخ البيع (٦٣) إذا كان لرجل مسلم وعليه سلم من جنسه (٦٣) إذا وكله فى بيع فاسد أو شراء فاسد . هل يصير وكيلا ؟ (٦٣) .

كتاب من الشركة إلى الوقف

إذا استأجر أرضاً للزراعة . وكان يعلم وجود الماء وقت الحاجة (١) فيمن تعرض عليه أمة شبهة (١) لو التقط الصبى لقطة وعرفها (٢) وجود الصبى ضائعاً هل يكون لقيطاً ؟ (٢) إذا قلنا : الولد المنازع فيه أن ينتسب إلى من يشاء من المدعين . فهل المميز كذلك ؟ (٢) لو تنازع شخصان صبياً مميزاً فى أيديهما . فقال:

إلى حر (٢) لو أكره على إتلاف مال الغير (٦) لو أكره على تسليم مال الوديعة إلى غير المالك (٦) لو غصب مسلم خمر ذمى (٧) لو ضرب المستأجر الدابة بقدر العادة (١٥) لو وقف دابة فى طريق واسع فأتلفت شيئاً (١٥) لو حفر بئراً فى طريق واسع لنفع المسلمين (١٥) لو فعل بالمسجد مايعم بمصلحته . فأتلف شيئاً . هل يضمن ؟ (١٥) إخراج الأجنحة والساباطات وغيرها إلى الطريق . (١٥) لو جلس إنسان فى مسجد واسع أو طريق ، وعثر به حيوان فمات . (١٥) عقود المشاركات . كالشركة والمضاربة . هل تنفسخ قبل العلم . كالوكالة . (١٦) لو غصب طعاماً من إنسان ، ثم أباحه المالك فأكله ، وهو غير عالم بالإذن (١٩) لو غصب زيتاً فخلطه بمثله . (١٧) لوغصب لوحاً فرقع به سفينته . (١٧) لو غصب جوهرة فابتلعتها بهيمته (١٧) لو غصب آجراً ولوحا ، و بنى فوقه(١٧) هل يجوز الأكل من مال : من فى ماله حرام ؟ (١٧) من كان عنده مال لغيره وألزمناه بالرد ، فإنه يلزمه مؤنة الرد (١٧) إذا ودعه وديعة فى السوق . وقال : احرزها فى بيتك . فتركها فى السوق إلى وقت المصير إلى منزله . فتلفت . هل يضمن ؟ (٤٧) الأمر بتعريف اللقطة . هل يجب على الفور ؟ (٤٧) الأموال التى تجب الصدقة بها كالغصوب والعوارى . هل يخفى لمن هى فى يده الأخذ منها ؟ (٥٨) إذا التقط العبد شيئاً (٥٩) وفى ضمنها . تنبيه إذا التقط العبد اللقطة . وفرط فيها . فائدة : إذا غصب جارية فوطئها عالما بالتحريم (٦٦) تنبيه : إذا ضمن مشترى الغصب القيمة لا رجوع له لالتزام ضمانها . ولكن هل له الرجوع بالثمن على الغاصب ؟ (٦٦) ضابطة . هل يستقر الضمان على المباشر بإتلافه ، أو التلف تحت يده أم على الغار ؟ (٦٦) تنبيه : إذا قبل بالضمان بالمثل . فاعتبار المماثلة فى الصفات تقريباً (٦٦) فائدة : مسألة الظفر (٦٦) القائف . هل هو كحاكم أو كشاهد ؟ (٦٦) إذا قلنا : هو كحاكم . فما يشترط فيه ؟ (٦٦) هل يشترط تعدد القائف ؟ (٦٦) هل يعتبر لفظ الشهادة فى القائف ؟ (٦٦) .

كتاب الوقف والهبة

هبة الصبي هل تصح ؟ (٢) هل الصبي أهل لقبض الهبة وقبولها ؟ (٢) لو وقف على أولاده ، وأولاد أولاد أولاده (٢٩) إذا وقف على أولاده ، ثم أولاد أولاده ، ثم المساكين (٣١) لو قال شخص لآخر : خذ من هذا الكيس ماشئت (٣٧) إذا وقف على ولده ، فهل يتناول جميع أولاده ؟ (٥٣) هل الواقف مصرف لوقفه (٥٧) وفى ضمنها مسائل منها : إذا وقف على الفقراء ، ثم افتقر . هل يدخل الواقف إذا صار فقيرا . ومنها : هل يصح الوقف على نفسه . ومنها : إذا انقطع مصرف الوقف . وقلنا : يرجع إلى أقار به وقفا ، وكان الواقف حياً . هل يرجع إليه ؟ ومنها : إذا وقف على أولاده وأنسالهم أبداً على أنه من توفى منهم من غير ولد رجع نصيبه إلى أقرب الناس إليه . فتوفى أحد أولاده عن غير ولد . والأب الواقف حى . هل يعود نصيبه إليه ؟ هبة العبد . هل تصح ؟ (٥٩) هل يملك العبد بالتمليك ؟ (٥٩) الوقف على العبد . هل يصح ؟ (٥٩) لو وقف على مسجد ، قنديل ذهب ، أو فضة (٦٣) .

كتاب الوصايا والفرائض

هل للوصى أن يوصى إذا لم يجعل إليه ذلك ؟ (١) وصيته الصبى . هل تصح ؟ (٢) تنبيه : كثيراً مايفيدون الصحة فى وصية الصبى باصابة الحق (٢) هل يصح أن يكون المميز وصياً ؟ (٢) إذا أوصى فى الكفارة المخيرة بخصلة معينة . وكانت قيمتها تزيد على قيمة الخصلتين الباقيتين . فهل يعتبر الجميع من رأس المال أم من الزائد من الثلث؟ (١١) وهى فى أثناء القاعدة والله أعلم به . إذا أوصى ببدنة من وجب عليه سبعها (١٨) هل تتوارث فى النكاح الفاسد ؟ (٢١) لو قال الموصى: يعطى فلان من واحد إلى عشرة (٢٤) لو وصى السيد أن يوضع عن مكاتبه من مال الكتابة ماشاء . (٣٧) فائدة : إلى اثنين فى التصرف (٣٩) إذا أوصى بحمل

امرأة فولدت ذكراً أو أنثى . (٥٣) إذا أوصى السيد لمكاتبه بأوسط نجومه ، وكانت النجوم شفعاً متساوية القدر . (٥٣) إذا قال : أوصيت لجارى محمد بكذا. وله جاران بهذا الإسم . (٥٣) إذا قال الموصى : إن ولدت ذكراً فله ألف ، و إن ولدت أنثى فله مائة . فولدت ذكرين أو أنثيين . (٥٦) إذا أوصى لعبده بثلث ماله (٥٨) الوصى فى إخراج حجة . هل له صرفها إلى نفسه ؟ (٥٨) الوصية إلى العبد . هل تصح ؟ (٥٩) الوصية لعبد غيره . هل تصح ؟ (٥٩) هل يورث العبد ؟ (٥٩) لو أوصى لجماعة من أقرب أقارب زيد (٦) لو وصى بثلثه إلا شيئاً ، أو بألف إلا شيئاً (٦) .

كتاب العتق وما يتعلق به

إذا أعتق عبداً وغلب على ظنه أنه يزنى (١) إذا أعتق الصبى المميز . هل يصح ؟ (٢) لو أمره غيره بإعتاق عبده يظنه أنه للآمر فتبين أنه عبده (١٦) لوقال آخر مملوكك اشتريه . فهو حر (١٧) إذا كاتب من لا يصح العقد منه (٢١) وفى أثنائها إذا كاتبه كتابة غير منجمة ، أو بعوض مجهول أو على محرم (٢١) وفى ضمنها سؤال قول الأكثرين : إن الكتابة إذا لم تكن منجمة باطلة من أصلها (٢١) فى أثناء القاعدة إذا قال الرجل لأمته : أنت طالق . هل تطلق أم لا ؟ (٣٥) إذا قال لعبده ـ الذى هو أكبر منه ـ أنت ابنى . فهل يعتق أم لا ؟ (٢٧) و بعدها : إذا قال لزوجته ـ وهى أكبر منه ـ هذه بنتى (٢٧) إذا كان للمريض عبدان كل واحد منهما ماله . فقال : أعتقت هذا وهذا (٢٩) الأمر بالكتابة . هل هو أمر بعد حظر ؟ (٤٤) إذا قال كل عبد لى أو فى ملكى حر (٤٦) إذا قال السيد لعبده : أعتق سالماً لسواده . هل يعتق سالم فقط ، أو كل أسود (٤٦) إذا قال السيد لعبده : إذا قرأت القرآن فأنت مدبر (٥٢) إذا قال عبدى حر ، وله عبيد ولم ينو معيناً (٥٣) إذا قال السيد لأمته : إذا ولدت ولداً فهو حر . فولدت ميتاً . ثم حيا (٥٦) إذا قال الرجل لآخر إن دخل دارك أحد .

فعبدى حر فدخلها صاحبها (٥٨) إذا قال لعبده : أنت حر إن شاء الله تعالى(٦٢) لو أعتق فى كفارته عبداً لا يجزئ فى الكفارة (٦٢)

كتاب النكاح والصداق ، وما يتعلق بهما

هل يجوز النظر إلى المخطوبة ؟ (١) هل يجبر الأب الثيب والبكر المميزتين ؟ (٢) بنت تسع سنين حيث قلنا : لاتجبر . هل لها إذن ؟ (٢) هل يجبر الصبي المميز على النكاح ؟ (٢) هل يكون المميز ولياً فى النكاح ؟ (٢) هل يجوز للمميز النظر إلى مافوق السرة وتحت الركبة ؟ (٢) إذا عقد لابن عشر سنين عقد نكاح وأتت امرأته بولد . (٢) إذا أوجب العقد فى النكاح ، ثم أغمى عليه (٤) أنكحة الكفار . هل هى صحيحة ؟ (٧) إذا أثبتنا خيار المعتقة فوطئها وكانت غير عالمة (٨) إذا كان له أمتان أختان . هل يجوز الجمع بينهما فى الوطء (١٢) إذا أسلم الكافر وتحته أكثر من أربع نسوة (١٢) لو وطىء زوجته ظاناً أنها أجنبية . فهل تحل لمن طلقها ثلاثاً ؟ (١٦) لو لم يعلم وجود الأقرب حتى زوج الأبعد (١٦) إذا قلنا : تشترط الشهادة فى النكاح ، ويكفى مستور الحال فعقد العقد بهما ، ثم تبين أنهما كانا فاسقين حال العقد (١٦) لو وطىء أمة يظنها مملوكته أو حرة يظنها زوجته . فبان بخلافه (١٦) لو تزوجت امرأة المفقود قبل الزمان المعتبر ، ثم تبين أنه كان ميتا (١٦) إذا اشتبهت زوجته بأجنبية (١٧) ماقاله طائفة من الأصحاب فى النكاح الفاسد (٢١) الخلوة فى النكاح الفاسد (٢١) إذا وطئت المرأة فى النكاح الفاسد هل يحصل به الإحلال ؟ (٢١) من نكاحها فاسد هل يصح تزويجها (٢١) أمره صلى الله عليه وسلم بالنظر إلى المخطوبة . هل هو أمر بعد حظر ؟ (٤٤) ما ذكره بعض المتأخرين أن النزاع فى وجوب النكاح مبنى على النهى عن شىء أمر بضده (٤٨) هل كان للنبى صلى الله عليه وسلم أن يتزوج بلا ولى ولا شهود؟ (٥٧) هل يكون العبد وليا فى النكاح على موليته ؟ (٥٩) هل للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين ؟ (٥٩) تسرى العبد . هل يجوز ؟ (٥٩) تنبيه : فى تسرى العبد لأمة

سيده ونكاحه لها (٥٩) تزوج العبد . هل يصح ؟ (٥٩) تنبيه : إذا قلنا : يتعلق المهر بذمة السيد ضمانا فقضاه عن عبده . هل يرجع عليه إذا عتق ؟ (٥٩) فى قسم الزوجات الحرة والأمة (٤٩) .

كتاب الطلاق ، والإيلاء ، والظهار ، واللعان

لو غاب عن مطلقته المحرمة عليه حتى تنكح زوجا غيره . ثم أتته فذكرت أنها نكحت من أصابها ، وانقضت عدتها (١) إذا شك فى عدد الطلاق أو الرضاع (١) طلاق الصبي المميز (٢) إذا أصاب المظاهر من المظاهر منها ناسياً . فهل ينقطع تتابع صيامه (٣) إذا أكره على الطلاق بغير حق (٦) لو أكره المولى على وطء المولى منها (٦) ظهار الذمى هل هو صحيح ؟ (٧) ولد على فراشه ولد . وآخر نفيه من غير عذر (٨) لو طلق امرأته يظنها أجنبية . فبانت زوجته (١٦) لو لقى امرأة فى الطريق . فقال : تنحي ياحرة . فإذا هى أمته (١٦) لو قال لزوجته : إن خرجت بغير إذنى فأنت طالق ، ثم أذن لها فخرجت ظنا أنه لم يأذن (١٦) الملاعنة إذا أنفقت ولدها المنفى ، ثم استلحقه الملاعن . هل ترجع بما أنفقت ؟ (١٦) لو طلق إحدى زوجيه ولم ينو معينة (١٧) لو طلق معينة ونسيها (١٧) لو قال الزوج : إن كان هذا الطائر غراباً فزوجتى طالق . وقال الآخر : عكسه (١٧) لو قال لزوجته أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر (١٧) لو علق طلاق زوجته على حملها ، أو على عدمه (١٧) وفى أثنائها مسألتان .

أحدها : أن يكون للرجل زوجة . ولها ولد من غيره . وقد كان تقدم منه وطء لها . هل يمنع من الوطء بعد موت الابن ؟ (١٧) .

والثانية : فى عبد تحته زوجة حرة . قد تقدم منه وطء لها وله أخ حر . فيموت أخوه الحر . هل يمتنع وطء زوجته ؟ (١٧) لو قال لزوجته : أنت طالق فى أول آخر الشهر (١٧) المطلقة فى النكاح الفاسد (٢١) الطلاق فى النكاح الفاسد (٢١)

اللعان فى النكاح الفاسد (٢١) إذا قال لزوجته : أنت طالق نصف طلقة (٢٤) وفى أثنائها إذا قال : أنت طالق ثلاثاً إلا نصف طلقة . إذا قال لزوجتيه : إن حضتما حيضة فأنتما طالقتان (٢٦) إذا قال لزوجته إن قمت وقعدت فأنت طالق (٢٩) إذا قال لزوجته التى لم يدخل بها أنت طالق وطالق وطالق (٢٩) وفى أثنائها إذا قال لزوجته التى لم يدخل بها إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق (٢٩) إذا قال لزوجته : أنت طالق وطالق وطالق إلا واحدة (٢٩) وفى أثنائها : إذا قال أنت طالق اثنتين واثنتين إلا اثنتين . وفيها أيضاً : لو قال : أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا واحدة وواحدة وواحدة .

إذا قال لزوجاته الأربع ، أوقعت بينكن ، أو عليكن ثلاث طلقات (٢٩) وفى أثنائها إذا قال أوقعت بينكن أو عليكن طلقة وطلقة وطلقة . إذا قالت له زوجته التى لم يدخل بها . طلقنى بألف . فقال أنت طالق وطالق وطالق (٢٩) إذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثا وثلاثا إن شاء زيد (٢٩) إذا قال لزوجته : إن قمت فقعدت فأنت طالق (٣٠) إذا قال لزوجته قبل الدخول : أنت طالق فطالق (٣٠) إذا قال لزوجته التى لم يدخل بها إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم طالق ، ثم طالق (٣١) إذا قال لزوجته : إن قمت ، ثم قعدت فأنت طالق (٣١) إذا طلق زوجته دون الثلاث ، وتزوجت ثم عادت إليه بنكاح جديد هل تعود على مابقى من طلاقها أم لا ؟ (٣٤) إذا قال لزوجته : أنت طالق من واحدة إلى ثلاث (٣٥) إذا قال : أنت طالق إلى مكة (٣٥) إذا قال لزوجته : إن خرجت إلى العرش ، أو إلى الحمام بغير إذنى فأنت طالق فخرجت إلى ذلك بقصده ولم تصل إليه (٣٥) تنبيه : لفظة « إلى » قد تكون لابتداء الغاية .

مثال ذلك : إذا قال لزوجته : أنت طالق إلى شهر (٣٥) إذا قال لزوجته أنت طالق فى يوم كذا ، أو شهر كذا (٣٦) إذا قال : أنت طالق يوم كذا (٣٦) إذا قال: أنت طالقة طلقة فى اثنتين (٣٦) إذا قال رجل: امرأة فلان طالق . فقال

زوجها ثلاثا (٣٩) إذا قال الرجل لزوجته المدخول بها أنت طالق أنت طالق (٤٦) إذا قال : أنت طالق ، وطالق وطالق . وأراد التأكيد . (٤٦) إذا قال أنت طالق ، وطالق ، ثم طالق ، أو طالق ثم طالق وطالق . أو طالق فطالق (٤٦) إذا قال : أنت طالق أنت مسرحة ، أنت مفارقة . وأراد التأكيد (٤٦) ولو قال أنت مطلقة ومسرحة ومفارقة (٤٦) ماذكره الطوفى فى إرسال الطلقات . هل هو بدعة أم لا ؟ (٤٨) إذا قال لزوجته . إن خالفت أمرى . فأنت طالق، ولا نية له ، ثم نهاها فخالفته (٤٨) هل يصح الاستدلال على مراجعة الحائض بأمر النبى صلى الله عليه وسلم لعمران يأمر ابنه بمراجعة زوجته لما طلقها وهى حائض ؟ (٥٠) إذا قال الزوج الطلاق يلزمنى (٥٢) وفى أثنائها قوله : أنت على حرام . أعنى به الطلاق. وفى ضمنها : لو قال : الطلاق يلزمنى لا أفعل كذا وفعله . وله أكثر من زوجة

و بعدها : لو قال : إن فعلت كذا فامرأته طالق . أو قال : على الطلاق لأفعلن كذا ولم يذكر المرأة . أوقال : فلانة طالق لأفعلن كذا فمات أو طلقها ، ثم تزوج أخرى . إذا قال الزوج امرأة القاضى طالق (٥٢) إذا قال : إن كان حملك ذكراً فأنت طالق طلقة . و إن كان أنثى فطلقتين فولدت ذكراً وأنثى (٥٣) إذا قال : زوجتى طالق وله زوجات (٥٣) إذا قال لامرأته إن ولدت أنثى فأنت طالق طلقتين . فولدت أنثى ثم أنثى . (٥٦) إذا قال الرجل : إن دخل أحد الدار فامرأتى طالق . فدخل هو . هل تطلق ؟ (٥٧) إذا خالعت الأمة بإذن سيدها (٥٩) طلاق العبد (٥٩) إذا صح الإيلاء فهل العبد كالحر ؟ (٥٩) إذا قال لزوجته : أنت طالق واحدة إلا إن شاء ثلاثاً (٦١) إذا قال امرأتى طالق إن كنت أملك إلا مائة . ولم ينو شيئا . وكان يملك أكثر أو أقل (٦٢) تنبيه : قوله لامرأته أنت طالق إن شاء الله . (٦٢) تنبيه : حيث قلنا : يفيد الاستثناء بالمشيئة . فإن كان مقدماً أو مؤخراً (٦٢) فإذا قال لزوجته إن شاء زيد . فأنت طالق . هل يصح الاستثناء ؟ (٦٢) إذا قال لزوجته أنت طالق واحدة إلا أن

تشأ واحدة فشاءت (٦٦) إذا قال : أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله ، وأنت طالق لادخلت الدار إن شاء الله تعالى (٦٦) .

أبواب من المدد إلى الجنايات

إذا شك فى عدد الرضاع (١) إذا بلغ الغلام سبع سنين ، وهو عاقل . هل يخير بين أبويه ؟ (٢) لو أكره على الرضاع (٦) لو ارتابت المعتدة (١٦) لو أنفق على المطلقة البائن يظنها حاملا . فبانت حائلا (١٦) عدة الوفاة . هل تجب فى النكاح الفاسد ؟ (٢١) الأمة فى العدة على النصف من الحرة (٥٩) هل للعبد حضانة ؟ (٥٩) .

كتاب الجنايات والديات . وما يتعلق بهما

لو أكره مكلف على قتل إنسان يكافئه (٦) لو ألقى إنسان إنسانا فى نار (٩) لو جرحه إنسان . فترك مداواة جرحه أو فصده . فترك شد فصاده (٩) لو أمكنه إنجاء إنسان فلم ينجه ، وفى أثنائهـا لو قدر على إنجاء كل ذى روح من غير ضرر (٩) لو قتل ذمى ، أو عبد : ذميا . أو عبداً ، ثم أسلم القاتل أو عتق (١٤) لو قتل إنسان إنسانا فانتزع يده من فيه فسقطت ثناياه (١٥) لو نظر إنسان فى بيت إنسان لحذف عينه فنقاها (١٥) وفى ضمنها : لوكان أعمى وتسمع ، أو بصيراً وتسمع . هل تطعن أذنه أم لا ؟ .

لو وطىء زوجته الكبيرة ففتقها هل يلزمه شيء ؟(١٥) لو قتل من يظنه أو يعلمه ذمياً . فبان بخلافه ، أو قتل من يظنه قاتل أبيه . فبان بخلافه (١٦) لو ظن ولى الدم أنه اقتص من الجانى (١٦) هل يساوى خراج المرأة خراج الرجل إلى النصف أو الثلث أم لا ؟ (٣٥) لو قتل عبداً حراً يكافئه فى الدين (٥٩) هل يجرى القصاص بين العبيد ؟(١٩) إذا وجب للعبد قود أو تعزير قذف فله طلبه (٥٩) .

كتاب الصيد والذبائح

إذا أوجبنا التسمية فى الذبيحة . هل تسقط بالنسيان ؟ (٣) إذا قلنا : باشتراط التسمية على الصيد والذبيحة من المسلم . فهل يشترط من الكافر (٧) لو رمى شيئاً يظنه حجراً . فبان صيداً (١٦) الذبيحة فى بلد فيها مجوس أو عبدة أوثان (١٧) هل أكل الميتة واجب عند الضرورة ؟ (٢٢) هل يحل أكل متروك التسمية ؟ (٦١)

كتاب الجهاد وما يتعلق به

أمان الصبى للكافر . هل يصح أم لا ؟ (٢) حيث حكمنا بإسلام الطفل بإسلام أحد أبويه ، و بسبب من الأسباب ، فهل المميز كالبالغ أو كالطفل ؟ (٢) حيث جوزنا للكافر دخول المساجد . هل يجوز إذا كان جنباً ؟ (٧) هل يمنعون من إظهار الأكل والشرب فى رمضان ؟ (٧) هل يمنعون من قراءة القراءة ؟ (٧) استئجار الكفار للجهاد ؟ (٧) هل يملكون الكفار أموال المسلمين بالقهر ؟ (٧) إذا قال الكافر أنا مؤمن أو مسلم ، هل يحكم بإسلامه ؟ (٢٨) من يأتينى بأسير فله دينار (٥٦) هل يجب الجهاد على العبد ؟ (٥٩) هل يصح أمان العبد لآحاد المشركين ؟ (٥٩) .

كتاب الحدود وما يتعلق به

لو أريد نفس إنسان ، أو ماله ، أو حرمته (١) إسلام الصبى وردته . هل تصح ؟ (٢) لو أكره على السرقة أو تناول الخمر . هل يقطع أو يحد ؟ (٦) لو أكره المكلف بالتهديد ونحوه على الزنا فزنا هل يحد ؟ (٦) لو أكره المرتد والحربى على التلفظ بالشهادتين (٦) لو أكره على الكفر هل يكفر ؟ (٦) لو أكره الذمى على الإسلام (٦) إذا زنا الذمى والمستأمن . هل يجب عليهما الحد (٧) لو زنا بامرأة ثم تزوجها قبل إقامة الحد (١٤) لو سرق نصاباً فلم يقطع

حتى نقصت قيمته (١٤) وأيضاً لو أريد نفس إنسان أو ماله أو حرمته (١٥) وفى أثنائها فرعان .

أحدهما : لو أحال بين المضطر وبين الطعام بهيمة لاتدفع إلا بالقتل (١٥) .

والثانى : لو تدحرج إناء من علو على رأس إنسان فكسره دفعاً عن نفسه (١٥) لو دعا امرأة محرمة عليه . فأجابه غيرها فوطئها يظنها المدعوة . هل عليه الحد ؟ (١٩) الإحصان هل يحصل بالنكاح الفاسد (٢١) هل يحد اللائط أم لا ؟ (٢٣) هل يحد شارب النبيذ ؟ (٢٣) هل يقطع نباش القبور (٢٣) القن فى الحدود (٥٩) هل ينفى العبد فى المحاربة ؟ (٥٩) هل يجب الحد على قاذف العبد ؟ (٥٩)

كتاب الأيمان والنذور

لو حلف لايفعل شيئاً ، ففعله ناسياً (٣) لو حلف لا يأخذ حقك منى فأكره على دفعه (٦) إذا نذر الكافر عبادة (٧) إذا نذر حجاً أو صياماً ، ثم مات قبل التمكن منه . فهل يقضى عنه ؟ (١٤) إذا نذر أضحية أو صدقة بدراهم معينة فتلفت (١٤) لو حلف على شىء يظنه فبان بخلاف ظنه (١٦) إذا نذر الصلاة فى وقت له فضيلة (١٧) لو نذر صوم بعض يوم (١٧) لو نذر أن يصوم يوماً معيناً أبداً ، ثم جهله (١٧) لو كانت عليه كفارات من جنس وكفر ، و بقيت عليه كفارة واحدة نسى سببها (١٧) هل الأفضل تقديم الكفارة بعد اليمين وقبل الحنث ؟ (٢٢) إذا حلف لا يشرب من دجلة ، أو من الفرات . فشرب منه بإناء هل يحنث ؟ (٢٥) وقبلها فى القاعدة فى أثنائها لو قال : لأشربن من هذا الشرب فشرب من مائه من كوز ، أو غيره . وقبلها أيضاً : لو حلف لا يأكل من هذه النخلة (٢٥) لو حلف لا يشرب له الماء من العطش (٢٤) لو نذر صيام نصف يوم (٢٤) لو حلف لا يفعل شيئاً إلى يوم الفطر (٣٥) هل يجب التتابع فى صيام كفارة اليمين (٤٠) أداء النذور والكفارات . هل هو على الفور ؟ (٤٧) لو حلف لارأى منكراً إلا رفعه إلى الوالى من غير تعيين (٥١) إذا نذر ذبح ولده (٥٣)

إذا حلف لا يأكل فاكهة . هل يحنث بأكل التمر والرمان ؟ (٥٥) إذا حلف يميناً هل ينعقد ؟ (٥٩) إذا نذر الصدقة بدراهم ، أو نذر عتق عبد (٦٠) إذا حلف لايلبس الكتان (٦١) إذا قال لله عليّ أن لا أصيد من هذا النهر لظلم رآه فيه (٦١) وفى ضمنها لو حلف لا يدخل بلداً لظلم رآه فيه .

إذا نذر صوم يوم العيد (٦٣) وفى ضمنها لو نذر صلاة فى وقت فى نهر (٦٣) إذا نذر صوم الليل (٦٣) لو نذرت المرأة صوم يوم الحيض بمفرده (٦٣) لو نذر المكلف صوم يوم أكل فيه (٦٣) لو نذر صوم نصف يوم (٦٣) لو نذر الطواف على أربع (٦٣) لو نذر العبادة على وجه منهى عنه (٦٣) لو نذر المشى إلى بيت الله الحرام (٦٣) لو أعتق عن كفارته عبداً لا يجزىء فى الكفارة (٦٣).

كتاب القضاء وما يتعلق به

للإمام عزل القاضى إذا رأى امرأة (١) لو ذكرت امرأة عند السلطان بسوء فأرسل ليحضرها . فأتت فزعا (١٥) هل ينعزل الحاكم قبل علمه بالعزل ؟ (١٦) إذا قال المدعى : لا بينة لى . ثم أتى ببينة (٥٠) هل يصح تولية العبد القضاء ؟ (٥٩)

كتاب الشهادات وما يتعلق بها

الشهادة . هل تجوز بغلبة الظن (١) إذا وجد سماعه بخط يثق به ، وغلب على ظنه أنه سمعه . هل له أن يرويه ؟ (١) شهادة الصبى المميز . هل تصح ؟ (٢) تنبيه : فى شهادة الصبى فى الأموال ، أو على الجراح (٢) لو حكم بشاهدين ممن يشرع الحكم بشهادتهما ظاهراً ، ثم بانا كافرين أو فاسقين . هل ينقض الحكم أم لا ؟ (١٦) شهادة العبد . هل تصح ؟ (٥٩) فائدة : لو أعتق العبد بمجلس الحكم فشهد فى الحال (٥٩)

كتاب الاقرار وما يتعلق به

لو قال : له علىّ ألف فى علمى أو ظنى (١) إقرار الصبى . هل يصح ؟ (٢) إذا قال المدعى عليه : أنا مقر بمـا يدعيه (٢٣) إذا قال له علىّ درهم ودرهم إلا درهما (٢٩) إذا قال له من هذا الحائط إلى هذا الحائط (٣٥) إذا قال المقر له علىّ من درهم إلى عشرة ، أو مابين درهم إلى عشرة (٣٥) وفى أثناء المسألة قبلها و إن قال : مابين عشرة إلى عشرين (٣٥) وأيضاً لو قال : علىّ من درهم إلى عشرة (٣٧) إذا قال لى عليك ألف فقال له صحاح (٣٩) لو قال المقر له علىّ درهم (٤٦) لو قال له درهم ودرهم ، وأراد التأ كيـد . هل يقبل منه ؟ (٤٦) لو أقر شخص لعبد غيره بمال (٥٩) إقرار العبد . هل هو صحيح ؟ (٥٩) لو أقر العبد بمال (٥٩) إذا أقر العبد بجناية توجب مالا (٥٩) إذا أقر العبد بالعقو بات (٥٩) إذا أقر بدراهم (٦٠) هل يجوز أن يستثنى الأكثر من عدد مسمى (٦٢) حيث قلنا بجواز الاستثناء فلا فرق بين الطلاق والإقرار وغيرهما (٦٢) حيث قلنا : بجواز الاستثناء . فهل يشترط له الاتصال ؟ (٦٢) هل يجوز تقديم المستثنى فى أول الـكلام .

مثاله : إذا قال المقر ليس له عشرة إلا خمسة . (٦٢) هل يصح الاستثناء من الاستثناء . فإذا قال له عشرة إلا عشرة إلا أربعة إلا واحدا (٦٢) هل يرجع الاستثناء إلى مايملـكه المـكلف أو إلى ما لفظ به ؟ (٦٢) هل يصح الاستثناء من غير الجنس (٦٢) إذا قال له المقر : ماله عندى عشرة إلا واحداً (٦٢) الاستثناء إذا تعقب جملا : عطف بعضها على بعض بالواو ، و يصلح عوده إلى كل واحد منها (٦٢)

ونذكر الآن إن شاء الله تعالى القواعد الأصولية كلهـا مرتبة على ماشرطنا فى الخطبة .

فهرس القواعد

صفحة

صفحة

تمت الفوائد الأصولية ، والقواعد ، بحمد الله وعونه ، وحسن توفيقه ، والحمد لله وحده ، وصلى الله على محمد وآله وصحبه وسلم . وحسبنا الله ونعم الوكيل .